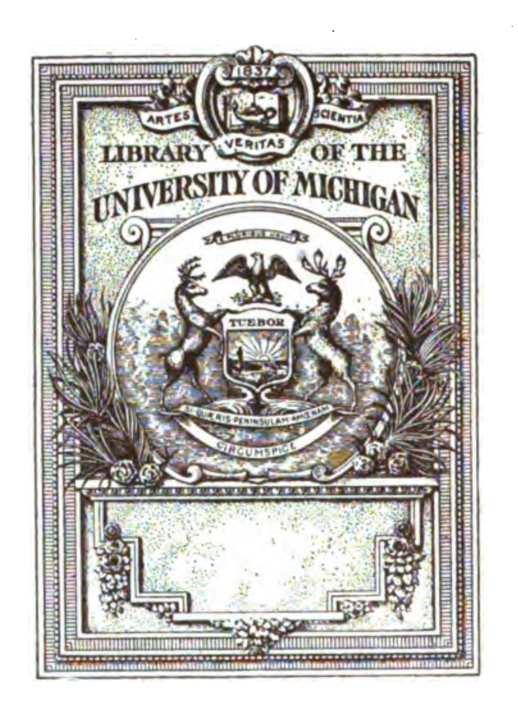

1837
ARTES
SCIENTIA
VERITAS
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE



Das

jus naturale,

aequum et bonum und jus gentium

der Römer.

Von

Moritz Voigt.

Dritter Theil:

Das strictum jus und aequum et bonum der Römer.

Leipzig,

Ernst Julius Günther.

1875.

Das

strictum jus und aequum et bonum der Römer.

Von

Moritz Voigt.

Leipzig,
Ernst Julius Günther.
1875.



Inhalt.

Zweite Abtheilung.

Die historische Ausprägung der Principien.

Erste Periode.

Die historische Ausprägung der Principien bis zu Ausgang der Republik.

Erster Abschnitt.

Die historische Ausprägung der Principien bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St.

Zweiter Abschnitt.

Die historische Ausprägung der Principien von der Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St. bis zum Zeitalter Cicero's.

Zweite Periode.

Die historische Ausprägung der Principien vom Beginn der Kaiserzeit bis Diocletian.

Dritte Periode.

Die historische Ausprägung der Principien von Constantin d. Gr. bis Justinian.

Zweites Buch.

Die Principien der Repression einer ungerechtfertigten Vermögensschädigung und der arbiträren richterlichen Cognition.

Erste Abtheilung.

Die Principien an sich und deren einzelne Positionen.

Erstes Capitel.

Die Principien je von rigor und aequitas.

Zweites Capitel.

Der rigor und dessen einzelne Positionen gegenüber dem Principe der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung.

Drittes Capitel.

Die aequitas und deren einzelne Positionen unterhalb des Principes der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung.

Zweite Abtheilung.

Die historische Ausprägung der Principien.

Erste Periode.

Die historische Ausprägung der Principien bis zu Ausgang der Republik.

Erster Abschnitt.

Die historische Ausprägung der Principien bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St.

Zweiter Abschnitt.

Die historische Ausprägung der Principien von der Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St. bis zum Zeitalter Cicero's.

Seite

Zweite Periode.

Die historische Ausprägung der Principien vom Beginn der Kaiserzeit bis Diocletian.

Dritte Periode.

Die historische Ausprägung der Principien von Constantin d. Gr. bis Justinian.

Drittes Buch.

Die Principien der civilen und der natürlichen Verwandtschaft.

Inhalt.

Einleitung und Plan.

Die Aufgabe des gegenwärtigen Bandes ist, den von den Principien des rigor und der aequitas bestimmten Rechtsstoff zu historischer Darstellung zu bringen.

Hieraus ergiebt sich vor Allem gegenüber den manichfachen Vorkommnissen, in welchen die römische aequitas in Thl. I nachgewiesen ist, daß dieser Band allein sich beschäftigt mit dem Rechte, in welchem aequitas oder rigor zu effectiver Ausprägung gelangt ist, nicht aber mit dem Denkstoffe, dem, abgesehen von solcher historischer Ausprägung, etwa auf Grund speculativer Voraussetzungen die Prädicirung als aequum oder als strictum zu Theil geworden ist; daß sodann wir hier allein behandeln den Rechtsstoff, der durch die römische Nationalanschauung und die gemeine Meinung der Wissenschaft, nicht aber durch eine mehr oder minder isolirte Sonderanschauung dem aequum oder strictum ius überwiesen wird, und der zugleich in den Principien von Beiden die treibende Kraft und den schöpferischen Gedanken, die leitende Tendenz und den practischen Zielpunkt seines eigenen historischen Schöpfungsprocesses findet; und daß endlich hier nur derjenige Rechtsstoff zur Darstellung gelangt, der, als aequum oder strictum prädicirt, zu gewissen allgemeineren und umfassenderen Principien in einem Zubehörigkeitsverhältnisse steht, nicht aber isolirte Sätze, die nicht auf ein solches Princip sich zurückleiten. Und wenn nun in den drei Perioden, welche Thl. I. für die Ge-

schichte der Lehrbegriffe setzte, je verschiedene Principien von der Wissenschaft und Legislation der aequitas überwiesen wurden, so sind es nun jene fünf Principien, die, voll und breit in der zweiten Periode hervortretend, den rechtshistorischen Stoff dieses Theiles ergeben: denn gegenüber dem beschränkteren Lehrstoffe der ersten Periode steht die weitergreifende Doctrin der zweiten Periode in dem Verhältnisse, daß sie die bereits in der ersten Periode von der Nationalanschauung getragenen Principien in sich aufnimmt und dem von der Wissenschaft dieser nämlichen Periode überlieferten beschränkteren Lehrstoffe beiordnet und gleichstellt (Thl. I § 65); und wenn dagegen die dritte Periode wiederum hinausgreift über die Principien der zweiten Periode und noch neue Ideen der aequitas unterlegt, so ist doch dieses neue byzantinische Material der aequitas nach den in Thl. I § 97. 99. dargelegten Momenten weder zu einer eigenen rechtshistorischen Darstellung von jenem Gesichtspunkte aus geeignet, noch ist daraus auch nur ein allgemeinerer Gewinn für die Wissenschaft zu erhoffen.

So daher fällt diesem Theile zu die Darstellung der historischen Ausprägung desjenigen Rechtsstoffes, der den von der Theorie der zweiten Periode anerkannten fünf Principien der aequitas und des rigor unterfällt. Diese Aufgabe aber ist durchaus parallel der von Thl. II; allein bei ihrer Durchführung machen ganz andere, eigenthümliche Verhältnisse sich geltend.

Zuerst nämlich, indem rigor und aequitas nicht Inbegriffe je eines einigen Principes, sondern einheitliche Inbegriffe je mehrerer und zwar nach dem Obigen fünf verschiedener Principien sind, so stehen nun diese Letzteren bei ihrer Ausprägung in dem Rechte keineswegs in dem Verhältnisse eines steten Zusammentreffens innerhalb der nämlichen Rechtsgebilde, vielmehr tritt ein jedes ebenso an sich selbstständig, wie auch historisch unabhängig und getrennt von dem anderen auf; mit anderen Worten: jedes Princip hat seine eigene Herrschaftssphäre, die historisch mit der des anderen nicht nothwendig zusammenfällt. So daher ist die Prädicirung einer gegebenen Rechtsmasse als aequum oder strictum keineswegs abhängig von einem Zusammentreffen aller fünf Principien innerhalb jener Masse, als

vielmehr nur abhängig von dem Zutreffen je Eines Principes überhaupt; daher: wenn auch aequum et bonum und strictum ius zwar in streng ausschließender Weise zu einander sich verhalten, so ist doch diese Ausschließlichkeit lediglich relativer, nicht aber absoluter Beschaffenheit, d. h. sie waltet lediglich innerhalb der Sphäre je Eines Principes ob, so daß ein und dasselbe Rechtsinstitut, wie z. B. die mutui datio oder die condictio ob causam nach Maaßgabe des einen Principes aequi et boni, nach Maaßgabe des anderen stricti iuris sein kann. Demgemäß aber zerlegt denn jedes Princip für sich allein das römische Recht in ein aequum und in ein strictum ius, so daß sonach dieses Recht in fünf verschiedene Doppelsphären zerfällt, deren jede ein aequum und ein strictum ius umfaßt. Daher, während Thl. II nur die zwei Stoffmassen des ius civile und ius gentium sammt deren Mittelgliedern zu behandeln hatte, hat es der gegenwärtige Theil mit fünf Paaren entgegengesetzter Stoffgruppen zu thun.

Zweitens sodann war in Thl. II ein wiederholtes Eingehen auf die maaßgebenden Principien ganz entbehrlich: das Princip beherrschte dort ganz unmittelbar in der in Thl. I festgestellten Allgemeinheit seine Sphäre, daher für ius civile und ius gentium die Darlegung der Principien in Thl. I genügte. Dagegen hier bei aequitas und rigor treten die Principien, mit Ausnahme des fünften, keineswegs unmittelbar in der in Thl. I dargelegten Allgemeinheit auf, als vielmehr je in einer Mehrheit von niederen und beschränkteren Sätzen, aus denen zusammen dann erst jenes allgemeinere Princip durch eine Abstrahirung sich ergiebt. Daher haben wir in diesem Theile vor Allem die den festgestellten Principien unterfallenden niederen Positionen darzulegen, somit also nochmals die vier ersten Principien in ihren einzelnen Untersätzen zu erörtern, und sodann erst zu der Darlegung der historischen Ausprägung der Principien zu verschreiten.

Wenn so daher die Aufgabe dieses Theiles eine manichfaltige und vielgliedrige ist, so vereinfacht sich dieselbe doch wieder bei der Ausführung. Und zwar gilt dies zunächst von den in Thl. I festgestellten vier letzten Principien. Während nämlich die Individualisirung jener fünf Principien, wie solche

1*

in Thl. I § 66 gegeben ist, einzig und allein bestimmt ward durch dogmengeschichtliche Momente und zwar theils dadurch, daß das vierte Princip bereits von der Wissenschaft der ersten Periode anerkannt worden war, wogegen die übrigen vier Principien ihre Würdigung als solche Seitens der Wissenschaft erst in der zweiten Periode gewannen, theils aber auch dadurch, daß diese letzteren vier Principien gerade so und nicht anders von der römischen Jurisprudenz bestimmt und individualisirt worden waren; so gewinnt nun wiederum hier, bei der rechtshistorischen Darstellung des jenen Principien unterfallenden Stoffes, der Moment der historischen Zusammenbehörigkeit des etwa auf mehrere jener Principien sich vertheilenden Rechtsstoffes eine maaßgebende Bedeutung. Ueberblickt man aber von diesem Gesichtspunkte aus den in Betracht kommenden Rechtsstoff, so ergiebt sich, wie zunächst der dem zweiten und vierten Principe unterfallende Stoff unter einem gemeinsamen höheren Gesichtspunkte sich zusammenfassen läßt und wie namentlich ein einiges Centrum gegeben ist, um welches herum alle die niederen Positionen jener beiden Principien je der aequitas und des rigor gemeinschaftlich sich gruppiren. Dies ist auf Seiten des rigor der solenne Rechtsact: der in certa, solennia, directa verba gekleidete Act, auf Seiten der aequitas dagegen der unsolenne Rechtsact: der auf nuda voluntas oder nudus consensus gestellte Act, welcher dort, wie hier die centrale Größe ergiebt oder den Mittelpunkt, an welchen gleichmäßig und übereinstimmend alle Positionen des zweiten, wie des vierten Principes sich anlehnen (§ 1). Dies aber rechtfertigt, daß wir beide Principien zusammenfassend im ersten Buche zur Darstellung bringen.

Ein ähnliches Verhältniß waltet sodann ob rücksichtlich des dritten und fünften Principes, wo in entsprechender Weise zwei Centren gegeben sind, welche die Anknüpfungs- und Mittelpunkte für die entgegengesetzten Positionen von aequitas und rigor bilden: das iudicium und dergl. oder später die stricti iuris actio oder condictio oder auch das stricti iuris negotium, und das arbitrium oder später die bonae fidei actio oder auch das bon. fid. negotium (§ 65). Und dies wiederum gestattet, jene beiden Principien im zweiten Buche zusammenzufassen.

So daher fällt nun nach dem Obbemerkten dem ersten, wie dem zweiten Buche die Aufgabe zu, vor Allem in einer ersten Abtheilung die Untersätze an sich zu entwickeln, welche, um die gemeinsamen Mittelpunkte je des actus solennis und des nudae voluntatis actus, wie je von stricti iuris und von bon. fid. negotium oder actio herum sich gruppirend, die bezüglichen obbezeichneten Principien tragen und in sich verwirklichen; sodann aber in einer zweiten Abtheilung eine Darstellung der geschichtlichen Verhältnisse jener niederen Princip-Sätze oder, was dasselbe besagt, eine Darstellung der historischen Entwickelung des solennen und unsolennen Actes, der stricti iuris und bon. fid. actio sammt den an dieselben sich anlehnenden verwandten Bildungen zu geben. Und zwar ist der Stoff dieser letzteren und rechtsgeschichtlichen Untersuchung wiederum nach den drei Perioden abgegränzt, welche bereits in Thl. I und II festgehalten sind, mit der geringen Abweichung jedoch, daß als Endpunkt der zweiten Periode nicht die Mitte des dritten Jahrhunderts, als vielmehr der Beginn der Alleinherrschaft Constantin's d. Gr. gesetzt ist, eine zeitliche Differenz, die, ohne Einfluß auf die in Thl. I und II behandelten Lehrgegenstände, für den Stoff des gegenwärtigen Theiles dagegen von Wichtigkeit ist, da hier von und mit Constantin ein tief- und weitgreifender Umschwung in der römischen Rechtsentwickelung beginnt.

Endlich das erste Princip: die sanguinis ratio bildet für sich allein das Thema des dritten Buches; allein hier wiederum hat der Verfasser eine wesentlich verschiedene Behandlung des rechtshistorischen Stoffes wählen zu sollen geglaubt. Während nämlich innerhalb des ersten und zweiten Buches, wie dargelegt, je einheitliche Centren gegeben waren, durch welche die Peripherie der betreffenden Principien scharf begränzt und abgeschlossen ward, und während somit dort die Geschichte der Principien zu einer Geschichte jener centralen historischen Größen sich gestaltete, so fehlen nun für die sanguinis ratio derartige einheitliche Mittelpunkte: weder das Intestaterbrecht, noch das Familienrecht, noch irgend welche andere Partie des Rechtssystemes bietet dergleichen, indem es alle Kundgebung jenes Principes erschöpfend in sich aufnähme und umfaßte: es

repräsentirt vielmehr jene sanguinis ratio ein Verwandtschafts-Recht in untechnischer und allgemeinster Bedeutung. Daher fehlt die einheitliche, systematische und historische Größe selbst, welche, die sanguinis ratio tragend, in ihren historischen Schicksalen die historische Entwickelung dieses Principes darböte. Vielmehr sind es nur vereinzelte Rechtssätze, die, auf manichfache Rechtsinstitute sich vertheilend, die Geschichte dieses Principes ergeben. Dies aber macht eine wahrhaft rechtshistorische Darstellung des von diesem Principe beherrschten Stoffes unmöglich, weil die mehreren bezüglichen Rechtssätze unter sich nur in einem historischen, nicht aber in einem systematischen Zusammenhange stehen und insofern isolirt sind. Denn die Satzungen der lex Cincia de donis ac muneribus und der lex Furia testamentaria über die exceptae personae, wie des honorarischen Edictes über die Bon. Poss. ab intestato fallen zwar gleichmäßig in die Sphäre der sanguinis ratio und stehen auch unter sich selbst in einem rechtshistorischen Zusammenhange, allein systematisch sind sie unter einander genau so fremd, wie donatio, legatum und Bon. Poss. ab intestato. Der Versuch daher, eine historische Darstellung solchen Verwandtschaftsrechtes zu geben, mußte an der inneren Unmöglichkeit der Aufgabe scheitern, denn es läßt sich ein Mehreres nicht bieten, als eine Zusammenstellung der historisch zusammenbehörigen, systematisch aber einander fremden, verwandtschaftsrechtlichen Sätze. Daher wird diese Aufgabe weit zweckmäßiger in der Weise gelöst, daß an den einzelnen principiellen Untersatz unmittelbar das zubehörige historische Material angeknüpft wird. Demgemäß aber enthält das dritte Buch nicht eine eigene dogmatische und eine eigene historische Abtheilung, als vielmehr es bietet lediglich eine dogmatische Darlegung der mehreren Untersätze der sanguinis ratio, mit deren jedem zugleich das betreffende rechtshistorische Material unmittelbar verbunden ist. Und dies nun bedingt wieder, daß dieses dritte Buch an äußerem Umfange so bedeutend verliert.

Erstes Buch.

Die Principien der Suprematie von Wort oder Wille.

Erste Abtheilung.

Die einzelnen Positionen der Principien.

§ 1.

Die Principien an sich von rigor und aequitas.

In Thl. I § 66. 69. 70. 72. 79, wie Beilage VII § 8. 10. 19. 21 ist nachgewiesen, wie die Rechtswissenschaft der zweiten und die Legislation der dritten Periode hinsichtlich des Rechtsactes zwei Principien der aequitas anerkennt, welche nach Maaßgabe der Quellen sich bestimmen als Princip der Aufrechterhaltung derjenigen Verpflichtungen, die man im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben geboten erachtete (Princip II), und als Princip der Freiheit der Willenserklärung von positiv und gesetzlich gegebener Form, wie überhaupt der Prävalenz der Willensbestimmung gegenüber der Willenserklärung (Princip IV). Die historische Darstellung dieses Theiles hat jedoch beide Principien am zweckmäßigsten zusammenzufassen, weil beide ebensowohl je in einem gemeinsamen historischen Centrum zusammentreffen: dem an certa, solennia, directa verba gebundenen Act auf Seiten des rigor als dem solennen Rechtsacte, und dem auf nuda voluntas oder nudus consensus gestellten Act auf Seiten der aequitas als dem unsolennen Rechtsacte, wie auch in Wahrheit auf einen gemeinsamen

obersten Gesichtspunkt sich zurückführen lassen und zwar auf Seiten der aequitas auf das Princip einer Suprematie des Willens über das Wort, und auf Seiten des rigor der Suprematie des Wortes über den Willen.

Zunächst nämlich, was den Gegensatz des solennen und unsolennen Actes betrifft, so beruht derselbe auf der Verschiedenheit der Kategorieen, denen die constitutiven Merkmale des Actes entnommen sind. Denn indem für den solennen Rechtsact eine Wortformel kategorisch vorgeschrieben ist, in welche derselbe zu kleiden ist: verba certa, solennia, directa oder dergl. (A. 12—14) und auf die Besonderheit solcher Formel zugleich die Individualität des betreffenden Actes gestützt ist, so ist nun solche solenne Formel das wesenbestimmende Merkmal des solennen Rechtsactes und es ist sonach die Kategorie der Form, welcher dieses Criterium entnommen ist (§ 34). Dahingegen bei dem unsolennen Rechtsacte, indem die Willenserklärung auf nuda voluntas oder nudus consensus gestellt, (A. 134) d. h. innerhalb der Gränzen des Gemeinverständlichen an keine Schranke bezüglich der zu wählenden Ausdrucksform gebunden ist, sind es nun reale Merkmale, auf welche die Art- und Individualitäts-Bestimmung des Actes gestützt wird. Und zwar sind dies theils personale Verhältnisse, wie z. B. bei Verlöbniß, Eheschließung u. dergl., theils und vornämlich auch die volkswirthschaftlichen Proportionen der pecuniären Interessen, wie solche im nationalen Lebensverkehre hervortreten und von der Nationalanschauung anerkannt sind, so z. B. als donatio, emtio venditio, locatio conductio (§ 37). Dahingegen ist dieser Classification gegenüber gänzlich irrelevant das weitere Moment, ob für den unsolennen Rechtsact eine besondere Geschäftsform gesetzlich erfordert wird, wie z. B. für donatio, oder nicht vorgeschrieben ist, wie z. B. bei emtio venditio, indem durch solches Erforderniß der unsolenne Rechtsact durchaus nicht in einen solennen sich verwandelt: denn bei dem solennen Geschäfte sind die Geschäfts-Formen selbst zu Geschäfts-Figuren erhoben, wogegen bei dem unsolennen Geschäfte Geschäfts-Proportionen zu Geschäfts-Figuren construirt sind, zu denen nun Geschäfts-Formen noch als etwas Aeußeres und Accessorisches hinzutreten können (§ 64).

Sodann aber jenes oberste und allgemeinste Princip von rigor und aequitas umfaßt wiederum zwei niedere Hauptsätze. in denen es sich kund giebt.

Zuerst nämlich in Bezug auf die Willenserklärung, somit das äußerliche Element des Rechtsactes stellt der rigor den Satz auf: die juristische Willenserklärung ist ein dictum, und hat somit sich kund zu geben in der Form des Wortes: verbum. Dies besagt, daß das nuncupative Wort die juristisch nothwendige Form der Willenserklärung bildet. Indem nun dieser Satz bezüglich des solennen Rechtsactes Platz greift und hier das nuncupative Wort nicht einmal der unbeschränkt freien Wahl des Handelnden überlassen, vielmehr gewissen rechtlichen Anforderungen unterworfen ist, welche jene freie Wahl beschränken und eine gewisse Beschaffenheit des gesprochenen Wortes beanspruchen, so können wir nun mit Rücksicht hierauf die so beschaffene Willenserklärung als legales Wort prädiciren; und danach ergiebt sich nun als erste Hauptposition des rigor: das legale Wort ist wesentliche Form der juristischen Willenserklärung oder, was dasselbe besagt, die legal nuncupative Form ist wesentliches Merkmal des Rechtsactes. Daher wird in abstracto nur der nuncupativ formale Act vom rigor als Rechtsact anerkannt, während in concreto der Formfehler oder die juristisch vitiöse Willenserklärung die Nichtigkeit des Rechtsactes zur Folge hat. Dieser Satz ward allerdings frühzeitig insoweit modificirt, als durch die Aufnahme des Litteralcontractes und späterhin auch noch anderer documentaler Geschäftsformen neben das nuncupative auch das litterale Wort trat; allein nicht nur daß diese Geschäftsformen insgesammt erst jüngeren Datums und überdem, was den Litteralcontract betrifft, aus fremder, nämlich großgriechischer Rechtssphäre dem römischen Rechte zugeführt worden sind (§ 32), so gewinnen auch dieselben für den rigor doch nur insoweit eine principielle Bedeutung, als damit neben das dictum auch das scriptum als legale Willenserklärung trat, im Uebrigen aber gleichem Gesetze, wie Jenes unterliegend.

Diesem Principe des rigor tritt die aequitas gegenüber mit dem Satze: die Willenserklärung ist ein actum und dieses actum hat sich kundzugeben in der Form sinnlich wahrnehm-

baren Thatbestandes: res. Dies besagt, daß die Modalität, wie Form der Willenserklärung innerhalb der Gränzen des Gemeinverständlichen ganz der freien Wahl des den Rechtsact Vollziehenden überlassen ist, so daß demnach die Willenserklärung auch von jeder Fessel des Wortes befreit und dem letzteren jede beliebige, somit also eine juristisch unformale Willensäußerung substituirt ist. So daher stellt sich dem rigor als erste und zwar conträre Hauptposition der aequitas gegenüber: die unformale Willensäußerung ist die zureichende Form der juristischen Willenserklärung. Hierin liegt zugleich die Negation, daß das Wesen des Rechtsactes nicht in einer nuncupativen oder sonstigen Form beruht, vielmehr auch der unformale Act Rechtsact sein kann. Und zwar kommt dieser Satz der aequitas zur Geltung bei dem unsolennen Acte.

So daher treten in dieser ersten Position einander gegenüber das dictum oder scriptum oder dergl. und das actum oder dergl., sowie das verbum und die res, als die zwei antiken Begriffe, welche zusammen adäquat sind dem einheitlichen modernen Begriffe der Willenserklärung, welchen selbst das Alterthum nicht kennt. Und so zwar bei

Cic. de Off. I, 7, 23: dictum — conventum;
Lab. 4 Post. a Javol. epit. (D. XVIII, 1, 78. pr.): actum — scriptura;
Pomp. 9 ad Sab. (D. XVIII, 1, 6. § 1): actum — dictum;
Paul. 4 ad Plaut. (D. XLVI, 3, 6): ordo scripturae — quod agi videtur;
Modest. de Heuremat. (D. XXXIII, 2, 19): scriptura — peractum;
Diocl. et Max. im C. Just. IV, 22, 4: actum — scriptum; c. 3: scriptum — gestum;

sowie

Cic. pro Caec. 27, 77: res et sententia et aequitas — verbum ac littera; 28, 79. 30, 86: res et sententia — verbum; 21, 59. de Orat. I, 57, 243: res — verbum;
Glossem in Cic. de Off. I, 13, 40: verba — res;

Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 3, 41. § 1): res — verba [1]).

Sodann der andere Bestandtheil des Rechtsactes ist die Willensbestimmung, dessen reales Element, welches durch das Mittel der Willenserklärung sinnlich wahrnehmbar gemacht wird. Wenn gleich nun das berufsmäßige Verhältniß zwischen Willens-Erklärung und -Bestimmung das einer Uebereinstimmung ist, in der Weise, daß beide einander adäquat, wie congruent sind, so waltet doch erfahrungsmäßig nicht immer solches ordnungsmäßige Verhältniß zwischen beiden ob und hierdurch nun wird das Recht veranlaßt, ja genöthigt zu

1) Wegen res — verba in anderem Sinne s. A. 135. — Wegen Actum insbesondere s. Aquilius bei Cic. de Off. III, 14, 60. Cic. pr. Caec. 29, 83. 85; de N. D. III, 30, 74. Top. 9, 40; Trebat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 17. § 2); Serv. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 2) und bei Lab. 5 Post. (D. XVIII, 1, 80. § 2); Alfen. Var. 4 Dig. (D. XVIII, 1, 40. § 3); Lab. bei Javol. 4 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 77); Cels. 12 Dig. bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 7. § 2), 26 Dig. (D. XXXIV, 5, 26); Proc. 5 Epist. (D. L, 16, 125); Jul. bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XLI, 9, 1. § 2), 10 Dig. (D. XII, 1, 19. pr.); Scaev. 5 Resp. (D XLV, 1, 135. pr); Pomp. 9. 33 ad Sab. (D. XVIII, 1, 8. § 1. fr. 33), 36 ad Qu. Muc. (D. XLIV, 7, 57), bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 5. § 5); Gai. de Form. hyp. (D. XXII, 4, 4), Papin. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. § 2); Ulp. 31. 45. 49. 50 ad Sab. (D. XXIII, 3, 9. § 3. L, 17, 34. XLV, 1, 38. § 18. fr. 41. pr.), 26. 32. 76 ad Ed. (D. V, 1, 61. pr. XIX, 1, 11. § 1. XLIV, 4, 2. § 4); Paul. Not. zu Lab. 1. 2 Pith. (D. XIV, 2, 10. pr. XVIII, 4, 25), 14 ad Plaut. (D. XXXIV, 5, 21), 2 Jnst. (D. XLIV, 7, 3. § 1), 3. 72 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 9. XLV, 1, 83. § 1), Sent. rec. I, 8, 1. Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 1); Modest. de Heurem. (D. XXXIII, 2, 19); Callistr. 2 Quaest. (D. XXIII, 3, 8) u. a. m. In dem Edict findet sich agere, gerere, contrahere nach Dig. L. 16, 19. und actum contractumve in Dig. IV, 5, 2. § 1, dagegen gestum in Dig. IV, 2, 1. und XLII, 8, 1. pr. Anderer Begriff von actum s. A. 3. — Der Begriff der Prävalenz wird ausgedrückt durch valet oder plus valet, so Cic. p. Caec. 28, 81. Top. 25, 96. Modest. de Heurem. (D. XXXIII, 2, 19), Diocl. et Max. in C. Just. IV, 22, 4. Rubr. C. Just. IV, 22; oder durch spectari, perspici, inspici, so Papin. 2 Resp. (D. L, 19, 219), Paul. 4 ad Plaut. (D. XLVI, 3, 6), Valer. et Gall. in C. Just. IV, 22, 1. Diocl. et Max. das. c. 3; oder durch sequendum est, so Cic. Part. Or. 31, 108. Serv. bei Lab. 5 Post. a Jav. epit. (D. XVIII, 1, 80. § 2), Scaev. 7 Epist. (D. L, 16, 116), Pomp. 9 ad Sab. (D. XVIII, 1, 6. § 1), Ulp. 45. 50 ad Sab. (D. L, 17, 34. XLV, 1, 41. pr.).

einer Entscheidung darüber, welchem von beiden Elementen die maaßgebende Bedeutung und somit die Prävalenz über das andere zukomme, welches von beiden daher die wahrhaft rechtsverbindliche Potenz sei. Hier nun entscheidet der rigor dahin, daß die Willenserklärung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes ist. Und da nun nach Maaßgabe der ersten Position die Willenserklärung in das legale Wort sich kleiden muß, so ergiebt sich hieraus als zweite Hauptposition des rigor: das legale Wort eines Willensfähigen: verba, dictum, scriptum, ῥητόν u. dergl. ist das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

Dagegen die aequitas stellt das entgegengesetzte Princip auf: die Willensbestimmung ist das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes, wogegen der Willenserklärung lediglich der Werth und die Bedeutung eines einfachen Offenbarungs- wie Erkenntniß-Mittels der Willensbestimmung zukommt. Demnach stellt sich dem rigor als zweite und zwar conträre Hauptposition gegenüber: die Willensbestimmung eines Willensfähigen, voluntas, sententia, mens, διάνοια u. dergl., deren Kundgebung als actum vorausgesetzt, ist das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

So daher treten in der Sphäre dieser zweiten Position als die verschiedenen rechtsverbindlichen Elemente des Rechtsactes einander gegenüber verba, vox, dictum, quod loquitur, litterae, scriptum, ῥητόν, γραμμάτικα oder dergl. und voluntas, quod vult, quod intelligitur, de quo cogitat, sententia, sensus, quod sentit, consilium, mens, placitum, γνώμη, διάνοια u. dergl. neben aequum et bonum. Und so zwar zunächst in der technischen Bezeichnung des einen Interpretationsfalles als scriptum et voluntas, scriptum et sententia, verba et sententia, ῥητὸν καὶ ὑπεξαίρεσις oder διάνοια, wofür die Belege s. Beil. XVII A. 21; und sodann bei

Auct. ad Her. II, 10, 14: verba et litterae — voluntas;
Cic. p. Caec. 18, 51: verba — consilium; § 52: verba — id, quod ex verbis intelligi potest; 27, 77: res et sententia et aequitas — verbum ac littera; Part. Or. 39, 136: consilium atque mens — verba ac litterae; de Inv. II, 47, 140: verba — voluntas; 48,

141: sententiae — verba; § 143: consilium scriptoris — verba; litterae — voluntas; de Off. I. 41, 147: quid loquatur — quid sentiat; sowie die weiteren in Thl. I, 42 citirten Stellen;

Glossem bei Cic. de Off. I, 13, 40: quid senseris — quid dixeris;

Ov. Met. XV, 682: praestant et mente et voce favorem;

Pseudo-Quint. Decl. 260: lex, quae recitata est — voluntas eius; 264: verba legis ac scripti — legis voluntas; 308: verba — legis voluntas;

Liban. Decl. X. II, 371 D. Mor.: τὰ γραμμάτικα — ἡ διάνοια;

Trebat. bei Pomp. 3 ad Sab. (D. XLI, 1, 19): quid senserit — quid fecerit; bei Proc. 2 Epist. (D. XXXIII 7, 15): sensus testatoris — verborum;

Jav. 7 Epist (D. L, 16, 116): verborum figura — mens testantis;

Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2): vox — mens; 26 Dig. (D. I, 3, 17): verba legis — vis ac potestas; 33 Dig. (D. I, 3, 19): vox legis — voluntas legis;

Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXX, 1, 104. pr.): significatio verborum — voluntas;

Scaev. 18. 20 Dig. (D. XXXII, 1, 37. § 2. fr. 39. pr.) verba — voluntas;

Pomp. bei Ulp. 3 ad Ed. (D. II, 1, 7. § 2): verba — sententia;

Gai. III, 76: voluntas — verba;

Papin. d. Adult. (D. XLVIII, 5, 11. § 5) und bei Marc. ad S. C. Turp. (D. XLVIII, 46, 1. §. 13): verba — sententia; 2 und 8 Resp. (D. L, 16, 219. XXXV, 1, 101. pr.): voluntas — verba; ebendas. (D. XXXI, 1, 77. § 12): ordo scripturae — causa voluntatis;

Tryph. 13 Disp. (D. XXVI, 6, 4. § 1. 4): verba — sententia; 19 Disp. (D. XXXVII, 4, 10. § 1): edicti verba — mens praetoris;

Ulp. 5 ad Sab. (XXVIII, 5, 9): scribere — voluntas, velle; 24 ad Sab. (D. XXXIV, 4, 3. § 9): sensus — verba und das. (D. XXXIII, 9, 1): mens — verba;

13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2. § 40) und 3 ad Ed. (D. L, 16, 6. § 1): verba — sententia; 4 ad Ed. (D. I, 3, 30): *ῥητόν* — *διάνοια;* 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 5): loqui — mens; 19 Disp. (D. XXXVII, 4, 20. § 1): edicti verba — mens praetoris;

Paul. ad l. Cinc. (D. I, 3, 29) und ad S. C. Libon. (D. XLVIII, 10, 22. § 8): verba — sententia; 4 Epit. Alf. (D. X, 4, 19): verba — mens; 14 Quaest. (D. XXXIV, 5, 3): dicere, loqui — velle;

Marcian. 1 de Publ. iud. (D. XLVIII, 5, 33. § 1): sententia — verba;

Modest. 10 Resp. (D. XL, 4, 44): contextus verborum scripturae — mens testatricis; 4 Exc. (D. XXVII, 1, 13. § 2): *τό ῥητὸν τοῦ νόμου* — *γνώμη τοῦ νομοθέτου.*

Anton. Pius bei Callistr. 1 Quaest. (D. XLVIII, 10, 15. § 3): sententia — scriptura;

Carac. in C. Just. IX, 9, 3: verba — sententia;

Car. Carin. et Numer. in C. Just. VI. 42, 16: voluntas — verba [2]; vgl. Ulp. fr. XXV, 1: rigor iuris civilis — voluntas.

---

2) Wegen des Gegensatzes von aequum et bonum und verba, verbum, scriptum s. Thl. I, 41 fg. — Im Einzelnen bieten als Bezeichnung der juristischen Willensbestimmung voluntas: Quint. III, 6, 87. 99. VII, 6, 10. 12. 8, 7. 10, 6. Decl. 260. S. C. Trebell. in Dig. XXXVI, 1, 1. § 2. Tubero bei Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2); Javol. 2 Post. Lab. (D. XXXII, 1, 29. § 4); Cels. 29. 38 Dig. (D. I, 3, 18. 19); Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr.); Afric. 5 Quaest. (D. XXXV, 2, 88. pr. § 1); Pomp. bei Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 12); Gai. 2 Aur. (D. XLI, 1, 9. § 3); Papin. 2. 18 Quaest. (D. XLV, 1, 115. § 2. XXX, 1, 90. pr.), 2 Resp. (D. XXXI, 1, 77. § 15); Ulp. 18. 28. 24 ad Sab. (D. VII, 1, 15. § 6. XXXIII, 6, 9. § 2. XXXIII, 9, 1.), 5 de Omn. Trib. (D. XLII, 2, 6. § 2), 5 Disp. (D. XXXV, 1, 19. pr.), 2. 5 Fideic. (D. XXXVI, 1, 17. § 4. XXXV, 1, 92); Paul. 3 ad Sab. (D. L, 17, 12), 6 Quaest. (fr. Vat. 227), 16 ad Plaut. (D. L, 17, 179); Modest. de Heurem. (D. XXVIII, 6, 4. § 2). Affectus: Javol. 12 Ep. (D. XLIV, 7, 55); Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 2, 3. § 3). Affectio: Paul. 1 ad Plaut. (D. L, 17, 168), 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 2). Animus: Boeth.

Zum Dritten endlich hat die aequitas die psychische Beschaffenheit der Willensbestimmung beim Rechtsacte in Betracht

---

in Top. p. 378. Or. Javol. 12 Ep. (D. XLIV, 7, 55), Gai. III, 91. Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 2, 3. § 3) u. a. m. Ψυχή: Theoph. Par. II, 1, 40. Mens: Alf. Var. 7 Dig. (D. XL, 1, 7); Lab. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 2, 41. XXXV, 1, 40. § 5), bei Paul. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 20. § 1), 2 Pith. (D. XXIV, 1, 67); Jav. 2. 3 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 3. XXXIV, 5, 28); Cels. 12. 19 Dig. (D. XXXVIII, 1, 30. XXXIII, 10, 7. § 2) und bei Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXIII, 6, 3. § 1); Jul. 17. 18. 44 Dig. (D. XXXIX, 5, 1. pr. XII, 1, 20. XLI, 2, 38. pr. XLI, 9, 37. § 6), 2 ex Min. (D. XLI, 2, 39) und bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XLI, 9, 1. § 2); Scaev. 4 Resp. (D. XXXV, 2, 25. § 1), 19 Quaest. (D. XXIV, 3, 47); Pomp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 29), 4 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 33. XLV, 1, 110. § 1) und bei Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 12); Tryphon. 4 Disp. (D. XLIX, 15, 12. § 8); Ulp. 21. 22. 23. 24. 25. 33. 44 ad Sab. (D. XXX, 1, 41. § 12. fr. 47. § 1. XXXIII, 6, 9. pr. XXXIV, 3, 5. pr. L, 17, 17. XXX, 1, 50. § 3, XXXIII, 8, 6. § 3. XXIV, 1, 32. § 16. XXXIV, 2, 25. § 11), 4. 7 Disp. (D. XXVIII, 6, 24. XLV, 1, 52. pr.), 5 fideic. (D. XL, 5, 30. § 4), 17. 29 ad Ed. (D. XXXVI, 1, 37. pr. XIV, 6, 7. § 4); Paul. 11 ad Plaut. (D. L, 16, 80), 33 ad Sab. (D. XXX, 1, 49. § 3), 21 ad Ed. (D. L, 16, 28. § 1). Sententia: Cic. de Inv. II, 49, 147. Serv. bei Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2); Sabin. bei Pap. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. § 2); Jul. 15 Dig. (D. I, 3, 12); Maecian. 12 fideic. (D. L, 17, 96); Scaev. 20 Dig. (D. XXXII, 1, 39. pr.); Pap. 6. 9 Resp. (D. XXIX, 4, 27. § 1. 2. XL, 8, 8), 16 Quaest. (D. XXIX, 4, 26 pr.); Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 2, 18. § 3); Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXV, 1, 44. § 9); Mac. 1 Publ. (D. XLVIII, 5, 24. § 3). De quo sentit: Serv. bei Pomp. 2 ad Sab. (D. V, 1, 80); Alf. Var. 5 Dig. (D. XXXV, 1, 27: animo sentire); Lab. bei Jav. 1 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 39. § 1); Cass. bei Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXIV, 2, 8); Proc. 3 Ep. (D. L, 16, 125); Marcell. Resp. (D. XXXII, 1, 69. pr.); Jul. 69 Dig. (D. XXXV, 1, 25); Scaev. 2 Resp. (D. XIX, 1, 48); 17 Dig. (D. XXXII, 1, 35, § 2); Gai. 2 de Leg. (D. XXXV, 1, 17. pr. § 1); Ulp. 20. 21. 23 ad Sab. (D. XXXV, 1, 9. XXX, 1, 32. § 1. fr. 37. § 1. XXXII, 1, 50. XXXIII, 6, 9. pr. XXXIV, 3, 5. § 3), 4 fideic. (D. XXXVI, 1, 16. pr.); Paul. 6. 10 Quaest. (fr. Vat. 227. D. XXXIII, 2, 26. pr.), 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1), Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 1); Marc. 6 Inst. (D. XXXV, 1, 33. § 1); Modest. 1 Reg. (D. XXXIV, 5, 27), 2 Pand. (D. XXVIII, 5, 62. § 1), de Heurem. (D. XXVIII, 6, 4. § 2); Gord. in C. Just. VI, 23, 4. vgl. Ulp. 50 ad Sab. (D. XLV, 1, 41. pr.): quid forte senserit hoc est quid inter eos acti sit. De quo cogitat: Marcell. 3. 11 Dig. (D. XLV, 1, 94. XXXIV, 5, 27); Pap. 1 Def. (D. II, 15, 5); Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 37. § 1). Placitum:

gezogen. Denn erfahrungsmäßig erleidet der Proceß der Willensemotion, welcher zum Abschlusse oder zur Consolidirung einer Willensbestimmung führt, mitunter gewisse Störungen, namentlich insofern solche Willensbestimmung bald durch selbsteigene unwahre Voraussetzungen des Handelnden, bald durch Einwirkungen Dritter beeinflußt wird: error, dolus und vis der Quellen. Diese Störungen heben somit nicht die Willensbestimmung selbst auf und berühren demnach nicht deren Existenz: denn trotz error, dolus und vis schließt eine wirkliche Willensbestimmung sich ab; vielmehr betreffen sie lediglich die Qualität derselben: error, dolus und vis machen die wirkliche Willensbestimmung zu einer nicht wahren. Während daher innerhalb der Sphäre der zweiten Position vom Standpunkte der aequitas aus die Existenz der Willensbestimmung in Betracht kam und über diese Frage jene Position nicht hinausgriff, so betrifft diese dritte Position die Qualität der Willensbestimmung: deren Wahrheit oder, wie man auch sagt, deren Freiheit. In Bezug hierauf ergiebt sich nun aus der obigen zweiten Position des rigor: das legale Wort ist das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes, die einfache Consequenz, daß die die Willensbestimmung beeinflussenden error, dolus und vis ganz außerhalb des Horizontes der juristischen Betrachtung liegen: denn wenn jene Position des rigor sogar die Existenzfrage bezüglich der Willensbestimmung beim Rechtsacte ausschließt, so kann noch weit weniger die psychisch mangelhafte Beschaffenheit solcher Willensbestimmung von dessen Standpunkte aus maaßgebend in Betracht kommen; oder mit anderen Worten: wenn der rigor die legale Willenserklärung als rechtsverbindlich anerkennt, selbst wenn der darin offenbarte Denkinhalt gar nicht die wirkliche Willensbestimmung des Redenden verlautbart, so ist damit

---

Pap. 3. 4. 11 Resp. (D. XVII, 1, 7. XXIII, 4, 26. § 4. XLVI, 3, 96. § 2), 7 Quaest. (D. VIII, 1, 4. pr.) und bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 2, 20. § 3); Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 1. § 2); Hermog. 1. 2 Jur. Epit. (D. II, 15, 16. V, 1, 53. II, 14, 45. XXI, 2, 74. pr.); Carac. in C. Just. II, 56, 1. Sev. Alex. das. II, 3, 11. IV, 6, 2. IV, 47, 1. Gord. das. II, 4, 7. Diocl. et Max. das. II, 3, 27. 28. II, 4, 14. 17. 34. III, 36, 15. III, 38, 6. IV, 10, 3. IV, 38, 10. IV, 64, 3—5. 7. VII, 16, 8. 36. VIII, 54, 22. Arcad. et Hon. in C. Th. XV, 14, 9. Val. et Valent. in Cons. vet. JCti c. 9.

ohne Weiteres die Frage abgeschnitten, ob die durch die Willenserklärung offenbarte wirkliche, aber nicht wahre Willensbestimmung etwa nicht rechtsverbindlich sei. Daher ergiebt der rigor bezüglich der Wahrheit der Willensbestimmung überhaupt keinen eigenen Principsatz, als vielmehr lediglich die principielle Consequenz der zweiten Position, daß error, dolus und vis in ihrem Einflusse auf die Willensbestimmung juristisch gar nicht in Betracht kommen können oder irrelevant sein müssen (§ 14).

Dagegen die aequitas, indem sie das Princip aufstellt, daß die Willensbestimmung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes ist, eröffnet damit der Betrachtung den Raum und die Möglichkeit, auch der Wahrheit der Willensbestimmung einen juristischen Werth beizumessen. Und indem nun Letzteres in der That im römischen Rechte geschehen ist, so gelangt nun hiermit die aequitas zu der dritten Position: die Wahrheit oder Freiheit der Willensbestimmung beim Rechtsacte ist wesentliches Erforderniß ihrer rechtsverbindlichen Kraft.

Alle die dargelegten drei Gruppen von Positionen stehen unter sich zwar nicht in einem wesentlichen Zusammenhange, wohl aber in einer historischen und speculativ sehr nahe liegenden Berührung: sie beeinflussen sich gegenseitig in ihrer historischen Entwickelung.

Die ersten beiden Positionen verzweigen sich aber nach unten hin wiederum in eine Mehrheit von noch specielleren Sätzen, welche selbst unmittelbar jene allgemeineren Positionen ergeben und für uns nun das Thema eingehender Erörterung, wie des historischen Beweises bilden.

Und zwar zunächst die die Willenserklärung an sich betreffenden Positionen von rigor und aequitas gewinnen vom Gesichtspunkte des rigor aus eine verschiedene Stellung für Rechtsacte im Allgemeinen, und sodann für zweiseitige Rechtsgeschäfte im Besonderen. Und hiernach nun verzweigt sich die erste Position des rigor in die beiden Untersätze:

1. das legale Wort ist die Form der juristischen Willenserklärung im Allgemeinen: § 2;
2. die consonirenden Worte sind die Form des zweiseitigen Rechtsgeschäftes: § 3;

woneben endlich die Kundgebung dieses Principes bei correspondirenden Rechtsgeschäften in § 4 in Betracht gezogen wird.

Dahingegen die aequitas tritt dem gegenüber mit den correspondirenden beiden Sätzen: die unformale Willensäußerung ist die Form oder der Modus

1. der juristischen Willenserklärung im Allgemeinen: § 15;
2. des zweiseitigen, wie des correspondirenden Rechtsgeschäftes: § 16.

Sodann aber die das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betreffenden Positionen treten nicht minder, entsprechend den obigen Sätzen, wieder in zwei niederen Thesen zu Tage, und zwar auf Seiten des rigor:

1. das legale Wort ist das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes im Allgemeinen: § 5; und
2. die consonirenden Worte sind das rechtsverbindliche Element des zweiseitigen Rechtsgeschäftes: § 6;

wogegen die aequitas die beiden Sätze gegenüberstellt:

1. die Willensbestimmung ist das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes im Allgemeinen: § 17; und
2. der Consens ist das rechtsverbindliche Element des zweiseitigen Rechtsgeschäftes: § 18.

Und beide Paare von Sätzen treten endlich noch in mannichfachen specielleren Consequenzen und Anwendungen zu Tage, die in § 7 und 19 näher darzulegen sind.

Daneben tritt endlich auf Seiten der aequitas die dritte Position: nur die wahre Willensbestimmung ist fehlerfreies rechtsverbindliches Element des Rechtsactes: § 29.

Erstes Kapitel.

Der rigor und dessen Positionen.

A. Das legale Wort als die Form der juristischen Willenserklärung.

§ 2.

1. Das legale Wort als die Form der juristischen Willenserklärung im Allgemeinen bei dem Rechtsacte.

Indem der rigor eine gewisse nuncupative oder resp. litterale Form für den Rechtsact vorschreibt, so wird damit das

so verlautbarte Wort zum wesentlichsten Merkmale des Actes erhoben und zum legalen Worte gestaltet: das legale verbum oder dictum oder resp. scriptum ist nothwendige Form der juristischen Willenserklärung, somit aber wesentliches Element des Rechsactes (§ 1). Solches Requisit selbst tritt aber in einer zwiefachen Beziehung hervor, entsprechend hierin einem doppelten Elemente des concreten Rechtsactes. Denn in demselben reproduciren sich ebenso die vom Rechte für ihn gesetzten Artmerkmale, somit ein dieselben ausprägender specifischer Thatbestand, wie anderntheils auch wieder der Act individuelle thatbeständliche Merkmale enthält, bedingt und gegeben durch den besonderen Inhalt, welchen der Handelnde in den Act hineinlegte. Dieser letztere Gehalt des Actes entzieht sich aber bis zu einem gewissen Grade nothwendig der gesetzlichen Normirung, weil in ihm eben das individuelle Verkehrsinteresse seinen Ausdruck findet, wogegen jenes erstere Element des Actes allerdings in allen seinen einzelnen Momenten von dem Rechte geregelt wird', weil in diesem wiederum die Artbestimmung des Actes enthalten ist. Beruht daher die Wesenheit des Actes in der Form seiner Willenserklärung, so müssen nun diejenigen Elemente der Form, welche die Artmerkmale des Actes bilden, von dem Rechte direct gegeben sein: sie sind dem Handelnden kategorisch vorgeschrieben, ohne demselben die Freiheit einer Wahl zu lassen. Den so gegebenen Bestandtheil des Actes nennen wir daher dessen absoluten Theil. Dahingegen diejenigen Elemente der Form, welche die individuelle Willensbestimmung des Handelnden verlautbaren, können nicht in ihren einzelnen Momenten in jener Weise vom Rechte vorgeschrieben, sondern höchstens gewissen generellen Anforderungen unterworfen, im Uebrigen aber nur von dem Belieben des Handelnden abhängig sein. Und diesen Bestandtheil nennen wir den dispositiven Theil des Actes.

Und indem nun beide Bestandtheile des Actes, der absolute, wie der dispositive, beide der nuncupativen Form unterliegend, zu einem einigen Ganzen verbunden werden, so beruht nun auf Beiden zusammen der Begriff der actio[8]), d. i. ur-

8) Vgl. Beil. XII. § XXVII. Agere, actio in obiger Bedeutung tritt

sprünglich des Rechtsactes, und weiterhin dann des Formulars für Jenen, welches späterhin auch formula[4]) genannt wird; sodann der lex d. i. der Rechtsordnung oder juristischen Satzung, sei dies Gesetz oder Rechtsgeschäft oder dergl., welche durch die actio gesetzt wird; wie endlich des carmen[5]) d. i. der gebundenen

auf: a. in dem alttechnischen Ausdrucke agere cum populo, cum plebe, so Messal. de Auspic. bei Gell. XIII, 15, 4; die Antiqui bei Fest. v. nundinas p. 173. vgl. Becker, r. Alterth. II, 1, 358 fg. b. in der Inhaltsangabe vom Werke des App. Claudius de Usurpationibus bei Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 36); c. in dem Berichte über das ius civile Flavianum und resp. Aelianum von Cic. ad Att. VI, 1, 8. de Orat. I, 41, 186. Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 7); d. in der Bezeichnung der venalium vendendorum leges des M. Manilius als Manilii actiones bei Varr. RR. II. 5, 11. 7, 6. e. in der Bezeichnung einer Sammlung von Testamentsformularen des Hostilius als Hostilianae actiones bei Cic. de Orat. 1, 57, 245. f. in der Bezeichnung des Werkes von Cosconius über staatsrechtliche Acte als Actiones bei Varr. LL. VI, 9, 89. g. in dem Titel von des Ofilius libri actionum, s. Sanio, z. Gesch. d. r. Rechtswiss. 100. h. in vereinzelten Aussprüchen, so Cic. p. Caec. 28, 81: quo consilio et qua sententia, — quibus verbis esset actum; Aquil. das. 27, 79: quidque verbis actum pronuntiatumque sit; Lab. 1 ad Ed. Praet. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 16, 19); Cels. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 3. § 12); Gai. I, 119: mancipatio ita agitur; IV, 29: placebat hanc quoque actionem legisactionem esse; Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 1. § 3). Anders in A. 1.

4) Cic. Brut. 52, 195. de Leg. I, 4, 14. Top. 8, 33: stipulationem aut iudiciorum formulae; de Orat. I, 39, 180: testamentorum form.; 55, 236. II, 42, 178. p. Rosc. Com. 8, 24. in Verr. II, 60, 147. p. Mur. 13, 29. de Off. III, 14, 60. p. Quint. 8, 30. Liv. XXVI, 24, 6. XXXII, 33, 7. XXXIII, 38, 1. XXXVIII, 9, 10. XXXIX, 25, 6. 26, 2. 14. XL, 12, 20. XLIII, 6, 10. XLIV, 16, 7. XLV, 30, 8. Quint. J. O. III, 10, 1. VII, 4, 20.

5) Wegen lex sind Belege entbehrlich; vgl. jedoch Rubino, Untersuch. 352 f. — Wegen carmen: Cic. p. Rab. perd. 4, 13. p. Mur. 12, 26. Liv. I, 24, 6: lex horrendi carminis; III, 64, 10: rogationis carmen; V, 41, 3. X, 38, 10. 41, 3. XXXI, 17, 9. XXXIX, 15, 1: carmen precationis, 18, 3. Plin. H. N. XXVIII, 2, 12. Paneg. 63: carmen comitiorum. So auch carmen als Thema zum Auswendiglernen: Cic. de Leg. II, 23, 59. de Orat. I, 57, 245, und als Zauberspruch, wie in den XII Taf. malum carmen. Das Merkmal metrischer Conception liegt hier nirgends dem Begriffe von carmen inne. Vgl. Bernhardy, r. Litter. A. 265. Düntzer in Mützells Ztschr. f. d. Gymn. W. 1857. S. 1 fg. u. andrerseits Ritschl, spicil. poes. lat. 4 fg. Ribbeck in N. Jahrb. f. Phil. und Pädag. 77, 201 fg., endlich auch Corssen, Ausspr. II, 962. Anm.

oder geförmelten Rede, in welcher die lex verlautbart oder die actio vollzogen wird.

Insbesondere aber der absolute Theil des Rechtsactes qualificirt den Letzteren ebenso als legis actio[6]) oder legitima actio[7]) oder legitimus actus[8]), wie auch als civilis actio[9])

6) Lege agere heißt eine actio d. i. einen Rechtsact (A. 3) nach Maaßgabe einer gesetzlichen Vorschrift vornehmen, daher insbesondere a. eine criminelle accusatio anstellen: Cic. in Caecil. 5, 19. 20, 65. Suet. Tib. 8. Quint. Decl. 352. b. die Criminalstrafe vollstrecken Seitens des lictor: Liv. XXVI, 15, 9. 16, 3. Sen. Contr. IX, 25, 22. X, 32, 6. Val. Max. III, 8, 1. c. ein pignus capere, somit einen Act der Selbsthülfe vornehmen (der demzufolge als außergerichtliches Verfahren ohne ius dicens, wie index, ohne Kläger, wie Beklagten sich vollzog), insoweit solches in solennen Worten geschah (Gai. IV, 29) und auf solche Selbsthülfe ein Forderungsberechtigter von dem Rechte besonders hingewiesen war: Gai. IV, 12. 26. 29. d. eine Civilklage anstellen, gleichgültig in welcher Proceßform, so in dem sprüchwörtlichen Ausrufe: lege agito (verklage mich) zur Abweisung von ungerechten Anschuldigungen: Plaut. Mil. II, 5, 43. Aul. III, 3, 10. Ter. Phorm. V, 7, 90 fg. Donat. in h. l., und so ferner bei Cic. in Verr. II, 16, 39 und Nep. Tim. 5, 2. e. in noch anderweiten Beziehungen in dem decretum Augusti bei Tac. Ann. XII, 60 und in Quint. J. O. VII, 4, 9 (von dem gesammten Civil- und Criminal-Proceßverfahren), Tac. Ann. XIII, 28 (von jeder Amtshandlung der Tribunen), Paul. 1 Man. (fr. Vat. § 49 neben dem in iure cedere das adiudicare umfassend), Pseudo-Ascon. in Verr. p. 191. Or. (von dem Bon. Poss. petere), Plaut. Merc. V, 4, 59 (nach einer Norm mit Jemandem verfahren); endlich bezeichnet legis actio f. insbesondere sowohl die Klage in Form des alten solennen Civilprocesses, wie diesen solennen Proceß selbst in seinen vier verschiedenen Arten als leg. a. sacramento, per iud. postul., per man. iniect. u. per condict: Beilage XII § XXVII.

7) Legitima actio, allerdings nur in Bezug auf Proceßacte, bei Ael. Gall. in Fest. v. possessio p. 233, Gell. XX, 10, 10. Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. §. 6). — Wegen anderer Bedeutung von legitima actio s. Brisson. de V. S. v. legitimus.

8) Legitimus actus, allerdings nur in Bezug auf Rechtsgeschäfte, bei Papin. 28. Quaest. (D. L, 17, 77) und bezüglich der der Sphäre der testamentifactio anheimfallenden, wie die donatio vermittelnden Rechtsgeschäfte (I. Thl. II. A. 1029 unt. 2 u. 3) bei Justin. in Cod. I, 5, 21; νόμιμος und νομίμη πρᾶξις bei Theoph. Par. I, 10, 1. 11, pr. Vgl. Schilling, Inst. § 69.

9) Civilis actio: Gell. II, 6, 16. XX, 10, 6. Paul. 1. Man. (fr. Vat. § 47.)

und civile negotium[10]), ingleichen als solennis actus[11]), während wiederum jene Formel selbst bezeichnet wird durch certa[12]), solemnia[13]), civilia, legitima, directa verba[14]).

Und zwar ist dieser absolute Theil des Rechtsactes in der Weise von dem Rechte geregelt, daß dafür eine bestimmte Formel vorgeschrieben ist gleich als ein Schema, welches mit dem dispositiven Theile auszufüllen und zu einem periodischen Ganzen zu verbinden und so nun von dem Handelnden auszusprechen ist, und diese redactionelle Verbindung des dispositiven mit dem absoluten Theile des Actes ist es, welches bezeichnet wird durch concipere verba oder concipere aliquid verbis[15]).

10) Civile negotium: Ulp. fr. XI. 27. — Dagegen in anderer Bedeutung: im Gegensatze zum naturale negotium bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.), Constant. in C. Th. XI, 30, 1. 2.

11) Actus solennis: Diocl. et Man. in C. Just. VIII, 49, 3 und VII, 75, 6; Weiteres s. bei Brisson. de V. S. v. sollemnis.

12) Verba certa legitima: Varr. LL. VI, 7, [?]3. certa verba: Cic. de Orat. I, 40, 183. de Inv. II, 45, 132. de N. D. II, 3, 10. de Leg. II, 7, 18. Fest. v. minora p. 157. Paul. Diac. v. fanum p. 88. Gai. I, 112. IV, 29. 83. 84. 97. Ulp. fr. IX, 1. XIX, 3. liber 8 ad Ed. (fr. Vat. § 318). Inst. II, 20, 2. IV, 10, 1; vgl. Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 6): actiones certae solennesque; Plin. H. N. XXVIII, 2, 11: certae precationes; Plin. et Trai. Ep. 97, 1: quasi certa forma; vgl. des Weiteren Brisson. de form. I, 181.

13) Solennia verba: Cic. p. dom. 47, 122. 123. 55, 141. Ov. Met. X, 4. Sen. ad Marc. 13, 1. Ep. 67, 9. Val. Max. V, 10, 1. Gell. XX, 10, 7. Aur. Vict. vir. ill. 27, 3. Macr. Sat. I, 16, 14. Boeth. in Top. p. 288. Gai. I, 112. IV, 97. Carac. in C. Just. VIII, 44, 1. Hermogen. 1. Jur. Epit. (D. XL, 2, 23), Leo. in C. Just. VIII, 38, 10. Inst. III, 15, 1. vgl. Pomp. Ench. (A. 8), Cic. p. Mur. 1, 1: solenn. precatio; Liv. X, 28, 16: solenn. precationes; XXXIX, 15, 1: solenn. carmen; Paul. Sent. rec. V, 7, 1. Inst. II, 20, 2. Diocl. et Max. in C. Just. IV, 2, 12: verborum solennitas; Plut. Popl. 14: νενομισμέναι φωναί; Theoph. Par. II, 20, 2. III, 8, 3. 15, 1. 21, pr. 29, 1. IV, 10, 1: ῥήματα τυπικά. Vgl. auch A. 12. — Die so beschaffene Form ergiebt die solennia oder solennitas des Rechtsactes, so Gai. II, 116: solennis mos, während das strictum ius mit Rücksicht darauf solenne ius heißt, so bei Pomp. 16 ad Sab. (D. L, 17, 27), vgl. Brisson. d. V. S. solemnia bis solemniter.

14) Civilia verba: Ulp. fr. XXV, 1. Legitima verba: Varr. bei Gell. XI, 1, 4. L. L. VI, 7, 53. Theod. et Valent. in Nov. Th. XVI, 1, 8. vgl. A. 12. Directa verba s. Brisson. de V. S. s. v. § 10.

15) Concipere verba: Plaut. Asin. III, 2, 16. Cist. I, 1, 100. Bach. IV, 9, 105. Merc. IV, 4, 50. Pseud. I, 3, 119. Truc. IV, 2, 54. u. a. m.

Dies aber sind die formulae atque actiones, die antiquae formulae, die verba prudenter a maioribus posita, deren Cic. pr. Mur. 13, 29. Brut. 52, 195. de Divin. I, 42, 93. gedenkt, die stipulationum et iudiciorum formulae, die Cic. Top. 8, 33. als res infinita hinstellt, die formulae de omnibus rebus constitutae bei Cic. p. Rosc. com. 8, 24.

Bezüglich dieser kategorisch gegebenen Formel stellt aber in einfacher Consequenz das Recht die Anforderung auf, daß beim Sprechen des Rechtsactes jene Formel auf das Genaueste in ihrem sprachlichen Bestande zu reproduciren ist, und zwar ebensowohl in Bezug auf das einzelne Wort, wie auf die Wort- und Satzfolge, womit nun dort das einzelne Wort an sich, hier die Wort- und Satzfolge zum wesentlichen Elemente der Formel sich erheben, demgemäß dort ebenso die Vertauschung des Wortes mit Synonymen, wie dessen Auslassung, hier aber ebenso die

---

verbis concept. iurare oder dergl.; Gell. XI, 1, 4. Liv. VII, 5, 5. Sen. Ep. 67, 9. Tac. H. IV, 31. Serv. in Aen. XII, 13. — Verbis concipitur aliquid, so Varr. L. L. VII, 2, 8: templum; Cic. de Off. III, 29, 108: iusiurandum; und dafür nun in häufiger Breviloquenz concipitur aliquid, so Varr. LL. V, 15, 86: iustum bellum; VI, 4, 29: feriae, und 3, 25, dies, wozu vgl. Macr. Sat. I, 16, 5: feriae conceptivae, quae quotannis a magistrat. vel sacerdot. concipiuntur; ferner Attius Philoct. bei Varr. LL. VII, 2, 11 (p. 174 Ribb.): mysteria pristina castis concepta sacris; Cic. ad Qu. fr. II, 15, 3: vadimonium; Verg. Aen. XII, 13: foedus. Liv. V, 17, 2: sacrum; Tac. H. IV, 41: iusiurandum; Scaev. 6 Quaest. (D. XXVIII, 2, 29. § 1): casum ex verbis concipere; Paul. 5 Quaest. (D. XXIV, 3, 45), Sent. rec. V, 7, 4. II, 3: stipulationem u. a. m. Vgl. Brisson. de V. S. conceptio, conceptus. — per concepta verba id est per formulas litigare bei Gai. IV, 30 hat eine engere Bedeutung und gewinnt einen eminenten Sinn; denn ein agere per concepta verba in der obigen allgemeinen Bedeutung ist auch das lege agere. Jene engere Bedeutung von per concepta verba als per formulas agere kann nur darauf sich gestützt haben, daß dem per formulas agere im Gegensatz zum lege agere eigenthümlich ist, daß dort der ius dicens für die Partei concipirt, oder daß dort Klage und Vertheidigung in Eine formula, hier in verschiedene Conceptionen gefaßt werden, und daß dort die concipirte formula dem iudex behändigt wird, hier nicht. Auf dem zweiten dieser 3 Momente dürfte aber jener eminente Sprachgebrauch beruhen. — Synonym mit verba concipere ist componere verba oder dergl., so bei Cic. p. dom. 47, 123: verba; de Leg. I, 4, 14: stipulationum et iudiciorum formulas p. Caec. 17, 50: interdictum; ad Att. VI, 1, 8: actiones; vgl. Brisson. de V. S. componere.

Wort-Umstellung, wie -Einschiebung am ungehörigen Orte unstatthaft ist. Diese Sätze aber finden ihre allgemeine Bekundung durch

Cic. p. Mur. 11, 25: res (sc. iuris scientiae) sunt — — prope in singulis litteris atque interpretationibus verborum occupatae; de Orat. I, 55, 236: est — iuris consultus ipse per se nihil nisi leguleius quidam cautus et acutus, praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum; p. dom. 55, 140: delatum est ad vos, pontifices, — — quemadmodum iste praeposteris verbis — — pronuntiarit;

Marcell. 3 Dig. (D. L, 17, 183): nihil facile mutandum est ex solennibus;

Pomp. 16 ad Sab. (D. L, 17, 27): nec ex praetorio (s. unter m), nec ex solenni iure (s. A. 13) privatorum conventione quicquam immutandum est;

Constant. et Const. in C. Just. II, 58, 1. (342): iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes; vgl. auch Euseb. de vita Constant. M. IV, 26.

Und auf jenen Sätzen beruht auch die Institution sowohl des praeire verbis bei sacral- und staatsrechtlichen Acten d. h. des Vorsagens der actio, welche der handelnde Magistrat nachzusprechen hat[16]), wie auch des custodem dare verborum:

Plin. H. N. XXVIII, 2, 11: videmus — certis precationibus — —, ne quid verborum praetereatur aut praeposterum dicatur, de scripto praeire aliquem rursusque alium custodem dari, qui attendat, — — utroque memoria insigni, quotiens — precatio erraverit.

Im Besonderen bieten die Quellen folgende Belege für obige Sätze:

a. bei religiösen Ceremonien begründet die Abweichung von der gegebenen Wortformel[17]) ein piaculum commissum:

Cic. de Har. resp. 11, 23: si aedilis verbo — aberravit, ludi sunt non rite facti eaque errata expiantur;

---

16) Vgl. Marquardt, r. Alterth. IV. A. 1301. und dazu Act. fratr. Arv. bei Henzen, scavi nel bosco sacr. dei frat. Arv. 92, 20. 105, 31.

17) Vgl. Preller, r. Myth. 118.

Arnob. adv. gent. IV, 31.: si in caerimoniis vestris rebusque divinis — — piaculis dicitur contracta esse commissio, si per imprudentiae lapsum aut in verbo quispiam — deerrarit.

Insbesondere aber die Anrufung der Götter und so auch das Gebet ist in seinem Erfolge durchaus dadurch bedingt, daß die Anrufung nicht nur an den richtigen Gott, sondern auch an dessen richtiges indigitamentum d. h. an diejenige dem Gotte überwiesene Function und entsprechende officielle Benennung desselben sich richte, in deren Berufssphäre das Verhältniß oder die Handlung fiel, auf welche die Anrufung Bezug hatte, so daß z. B. die Gebärende die Juno gerade als Lucina, nicht aber mit anderen Beinamen zu indigitiren hatte, sollte die Anrufung überhaupt Erfolg haben. So daher hilft nur der rechte Gott, wenn er unter dem rechten Namen angerufen wird und jede Namensverwechselung vereitelt unfehlbar die Wirkung der Precation.[18])

b. Die multae minimae dictio lautete nach Varr. bei Gell. XI, 1, 4.: M. Terentio, quando — — (Angabe des Grundes) —, ego ei unum ovem multam dico; sagte nun der multirende Magistrat unam statt unum ovem, so war die multae dictio nichtig nach

Gell. XI, 1, 4.: quando — a magistratibus populi Romani more maiorum multa dicitur minima vel suprema, observari solet, ut „oves“ gerere virili appellentur; — — ac nisi eo genere diceretur, negaverunt iustam videri multam.

c. Die Ordnung, daß am dies nefastus das lege agere unstatthaft war, war nicht direct, sondern lediglich indirect aus-

---

18) Preller, r. Myth. 119 fg. Marquardt, Alterth. IV, 7 fg., insbesondere Varr. bei Aug. C. D. IV. 22. Hierauf beruhen zwei historische Maaßregeln: der officielle und sacrale Name des deus tutelaris der Stadt Rom ward geheim gehalten, um so die Möglichkeit seiner Evocation durch den Feind zu vereiteln: Plin. H. N. XXVIII, 2, 18. Plut. Qu. Rom. 61. Serv. in Aen. II, 351. Serv. und Schol. Bern. in Georg. I, 498. Macr. Sat. III, 9, 3; und zu gleichem Zwecke war auch der officielle und sacrale Name der Stadt Rom selbst ein Geheimniß: Plin. III, 5, 65. Solin. I, 4. Serv. in Aen. I, 277. V, 737. Macr. Sat. III, 9, 3. 5.

gesprochen, nämlich in das Verbot gekleidet, daß der dabei nothwendig concurrirende Magistrat an solchem Tage die Worte do, dico und addico, deren eines in jeder Legisaction sich vorfand, bei Strafe des piaculum nicht officiell aussprechen durfte.[19]) Dies setzt unabweisbar voraus, daß das in der Legisactions-Formel vorgeschriebene do nicht mit concedo oder ähnlich, das dico nicht mit aio, das addico nicht mit adtribuo vertauscht werden durfte.

d. Bei der rein processualischen Formel des Legisactionen-processes, d. h. derjenigen Formel, welche lediglich den Proceß-act an sich repräsentirt (s. Beil. XII. § 27), ist jede Abweichung, Vertauschung, Weglassung, wie Zusatz unstatthaft:

Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 6): actiones (i. e. legis actiones) ne populus prout vellet institueret, certas solennesque esse voluerunt;

Gai. IV, 30.: ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est (sc. in legis actionibus), ut vel qui minimum errasset, litem perderet; vgl. Quint. J. O. VII, 3, 17 unter e;

Ulp. 8 ad Ed. (fr. Vat. 318): si quid fuisset adiectum vel detractum, non valeat — — in legis actionibus.

e. Diejenige Formel, wodurch das klagbar gemachte Recht in seiner civilrechtlichen Beschaffenheit seinen Ausdruck im Processe empfängt, muß im Legisactionenprocesse genau dem Ausdrucke desjenigen Gesetzes angepaßt sein, welches die Klage für jenes Recht setzt[20]):

Quint. J. O. VII, 3, 17: si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse (A. 53) videamur;

Gai. IV, 11: actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, — — quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur; unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione „Vites“ nominaret, responsum est eum rem perdidisse, quia debuisset „Arbores“ nominare eo, quod

19) Hartmann, Ordo Judic. I. § 2.
20) Vgl. Keller, Civ.-Pr. § 12.

lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur;

vgl. Cic. Orat. part. 28, 99: ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum — — illane lege, hisne verbis sit actio quaeritur; Manil. Astron. IV, 209 fg.: hic etiam legum tabulas et condita iura noverit atque notis levibus pendentia verba.

f. hinsichtlich der verschiedenartigen Verfügungen, welche ein Testament enthalten konnte und resp. enthalten mußte, galt das Gesetz: das Testament hat mit der heredis institutio' zu beginnen[21]); daher nun ist jede derselben voraus gestellte Disposition ungültig:

Gai. II, 229: ante heredis institutionem inutiliter legatur; § 230: nec libertas ante heredis institutionem dari potest; § 231: nostri praeceptores nec tutorem eo loco (sc. heredis institutionis) dari posse existimant. Vgl. Ulp. fr. I, 20. 21. XXIV, 15. Paul. sent. rec. III, 6, 2. de testam. (fr. Vat. 229).

Von den beiden heredis institutiones aber, welche als heredis institutio und pupillaris substitutio zusammentreffen können, muß die letztere bei Strafe der Nichtigkeit der Ersteren nachgestellt werden:

Ulp. 6 ad Sab. (D. XXVIII, 6, 2. § 4.): prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere; et hoc Julianus putat prius sibi debere, deinde filio heredem scribere; ceterum si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere.

Ebenso ist das Testament nichtig, in welchem die heredis institutio gänzlich fehlt:

Modest. 2 Pand. (D. XXVIII, 6, 1. § 3.): sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet;

21) Acr. in Hor. Sat. II, 5, 53: prima cera (i. e. tabula) secundo versu heredis continet nomen; Porph. in h. l.: prius testatoris nomen, secundo heredis; Schol. Cruq. in h. l.: in primae tabulae secundo versu heredis nomen continetur: vgl. Hor. l. c. Suet. Ner. 17; sodann Gai. II, 229: testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio; Ulp. fr. XXII, 15. lib. 1 ad Sal. (D. XXVIII, 5, 1. pr.). Was in den obigen Stellen vom scriptum gesagt ist, gilt auch vom nuncupatum.

vgl. Jul. bei Paul. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXIX, 5, 20): tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est; Gai. II. 248: inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur; Papin. 15 Quaest. (D. XXIX, 7, 10): testamentum — vires per institutionem heredum accipit; Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1, § 3.)

g. Für die heredis institutio war von Alters her die Formel gegeben: Titius heres esto[22]), woneben in dem Zeitalter der Antonine noch die Formel zugelassen ward: Titium heredem esse iubeo[23]). Jede andere Einsetzungsformel wie Titium heredem esse volo, Titium heredem instituo, oder facio machte die institutio nichtig:

Gai. II, 117: solennis — institutio haec est: „Titius heres esto"; sed et illa iam comprobata videtur: „Titium heredem esse iubeo". At illa non est comprobata: „Titium heredem esse volo"; sed et illae a plerisque inprobatae sunt: „Heredem instituo", item: „Heredem facio"; vgl. Papin. 19 Quaest. (D. XXIX, 7, 13. § 1.) Ulp. fr. XXI. lib. 1 ad Sab. (XXVIII, 5, 1, § 5.) und Jul. das.

Daher ist insbesondere nichtig die Einsetzung in der Formel: Titius, unter Auslassung von heres esto, oder Titium heredem esse, wenn der Testator das Wort iubeo vergaß: Marcell. und Jul. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 7.), wozu vgl. § 10.

h. Für die exheredatio war von Alters her die Formel gegeben: Titius exheres esto[24]), wozu in der Zeit nach den

22) Quint. J. O. IX, 2, 35. Sen. Contr. II, 15, 6—9. Suet. Tib. 23. Apul. de Mag. 100. Serv. in Aen. IV, 674. Diomed. ars gramm. I. p. 339. K. testam. Dasum. c. I. vgl. Flor. I, 35, 2. u. a. m.

23) Marcian. 4 Just. (D. XXVIII, 5, 48. pr.) fügt noch die, wie es scheint, gräcifirende Formel hinzu: Titius hereditatis meae dominus esto; Ulp. fr. XXI. noch die Formel: Titius heres sit. Dagegen bei Afric. 4 Quaest. (D. XXVIII, 5, 47. § 1) bietet Hal. die richtige Lesart: heredes sunto: denn die Formel heres sit war zur Zeit Afrikans gar nicht bekannt und enthält überdem dort in dem Singular einen grammatikalischen Fehler.

24) Varr. Testam. bei Gell. III, 16, 13. Quint. J. O. IX, 2, 34.

Antoninen noch die Formeln: Titius exheres sit und exheres erit[25]) gefügt wurden. Jede andere Enterbungsformel bewirkte in früherer Zeit Präterition, nicht Exheredation, wie erkennen lassen Modest. 8 Resp. (D. XXVIII, 5, 61), Justin. in Cod. VI, 28, 3.

i. Für die tutoris datio war von Alters her die Formel gegeben: Titium liberis meis tutorem do lego oder später do[26]), woneben dann bereits in der Zeit der Antonine die Formel recipirt war: liberis meis Titius tutor esto[27]). Der Gebrauch einer anderen Formel bewirkte Nichtigkeit der Disposition[28]), bis im J. 44 die lex Claudia die confirmatio tutelae testamentariae einführte (§ 55 a. E.).

k. Für die verschiedenen Arten von Legaten waren von Alters bestimmte Formeln gegeben[29]): der unrichtige Gebrauch einer gegebenen Formel machte das Legat ebenso nichtig[30]) wie der Gebrauch einer anderen, als der gegebenen Formeln, bis der erstere, nicht aber der letztere Satz durch das S. C. Neronianum v. 57—67 aufgehoben ward (§ 55 a. E.); vgl. Sab. bei Pap. 18 Quaest. (D. XXXV, 1, 72. § 8) in § 10 a. E.

Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. § 2. XXVIII, 5, 37. § 2. XXVIII, 7, 11), Pomp. 7 ad Qu. Muc. (D. XXVIII, 5, 68), Afric. 4 Quaest. (D. XXVIII, 2, 14. § 2), Scaev. 6 Resp. (D. XXXV, 2, 27), Gai. II, 127. 132. Ulp. fr. XXII, 33. 34. lib. 6 Reg. (D. XXVIII, 2, 2), 1 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 3. § 2. 5. fr. 15), 3 ad Sab. (D. XXVIII, 3, 3. § 5), 41 ad Ed. (D. XXXVII, 9, 1. § 3. 9. XXXVII, 10, 1. § 9), Paul. 12 Resp. (D. XXVIII, 2, 25. pr.), de Assign. lib. (D. XXVIII, 3, 14).

25) Florent. 10 Inst. (D. XXVIII, 2, 17), Paul. 1 ad Vit. (D. cit. fr. 19).

26) Varr. Testam. bei Non. 478, 17. Javol. 8 ex Poster. Lab. (D. XXVI, 2, 33), Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 122), Gai. I, 149. II, 289. Ulp. 39 ad Sab. (D. XXVI, 2, 16. pr.), Paul. de Test. (fr. Vat. § 229. 230), Sent. rec. IV, 13, 3.

27) Afr. 8 Quaest. (D. XXVI, 2, 23), Gai. I, 149. II, 289. Ulp. 24. 36 ad Sab. (D. XXVI, 2, 8. § 3. fr. 10. § 4), 35 ad Ed. (D. XXVI, 10, 3. § 9.) Paul. 9 Resp. XXVI, 2, 32. § 2), Tryph. 13 Disp. (D. XXVII, 1, 45. pr. § 1).

28) Jul 15 ad Ed. (D. XXVI, 3, 3), Gai. II, 289. Modest. 6 Exc. (D. XXVI, 3, 1. § 1.)

29) S. A. 493. 495. 498. Gai. II, 209. u. a. m.

30) Verborum vitio non valet: Sabin. bei Gai. II, 218; inutile est: Gai. II, 198. 218. 220.

1. Die Erbeinsetzung oder Legats-Honorirung des eigenen Sklaven war nur statthaft, wenn damit zugleich die Manumission verbunden ward, wofür die Formel: liber esto gegeben war[31]). Indem somit liber esto und heres esto oder die Legatsaussetzung sich verbanden, so forderte die älteste Zeit, daß die erstere Disposition der letzteren vorausgehe, weil auch die Freiheit der Erbschafts- oder Legats-Delation vorausgehen mußte; daher war nur die Ordnung zulässig: Stichus servus meus liber heresque esto[32]). Bereits am Ende der Republik ließ man jedoch auch die Formel zu: Stichus servus meus heres liberque esto[33]) oder dergl.:

Alfen. Var. 5 Dig. (D. XXXIII, 8, 14.): quidam in testamento ita scripserat: „Pamphilus servus meus peculium suum, quum moriar, sibi habeto liberque esto". Consulebatur, rectene Pamphilo peculium legatum videretur, quod,' priusquam liber esset, peculium sibi habere iussus esset. Respondit in coniunctionibus ordinem nullum esse neque quidquam interesse, utrum eorum primum diceretur aut scriberetur; quare recte peculium legatum videri, ac si prius liber esse, deinde peculium sibi habere iussus esset.

Dagegen war ungültig die Erbeinsetzung oder Honorirung sine libertate, sonach einfach mit heres esto[34]) oder mit Sticho

---

31) Ulp. II, 7 fügt noch bei die Formeln: liberum esse iubeo, wie liber sit; Beide aber sind späteren Datums nach Analogie von A. 23. 25. Jene Formeln bietet Paul. 12 Quaest. (D. XL, 4, 52), Sent. rec. IV, 14, 1., schwerlich aber Gai. II, 267. Dagegen liberum esse volo gilt nur als Fideicommiß: Jul. 39. 42. Dig. (D. XXXIV, 3, 12. XL, 5, 47. § 4), Scaev. 4. Resp. (D. XL, 5, 41. § 10), 23 Dig. (D. XL, 4, 59. pr.), Paul. 12 Quaest. (D. XL, 4, 52), Sent. rec. IV, 13, 3. 14, 1. Modest. 10 Resp. (D. XL, 5, 14).

32) So Gai. II, 185. Pomp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 21. pr.), Scaev. 2 Resp. (D. XXVIII, 5, 85.) Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 14). Marc. 3 Reg. (D. XXVIII, 5, 51); analog bei Legaten: Jul. 36 Dig. (D. IX, 4, 16), Scaev. 15 Dig. (D. XXXIII, 8, 23. § 1.)

33) So Gai. II, 185. Ulp. 5 ad Sab. (D. XL, 4, 2).

34) Gai. II, 186. Ulp. XXII, 12. vgl. A. 507.

liberto meo do lego oder dergl.[35]), wie auch mit: Stichus liber esto et, quum oder si liber erit, heres esto[36]).

m. Bei den praetoriae stipulationes ist jede Abänderung des im Edicte proponirten Schemas und jeder Zusatz unstatthaft:

Ulp. 7 Disp. (D. XLV, 1, 52. pr.): praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere, neque detrahere; 10 ad Ed. (D. XLVI, 5, 1. § 10): si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis; vgl. Pomp. 16 ad Sab. (D. L, 17, 27), Paul. 12 ad Ed. (D. II, 8, 6).

Jene juristische Function aber, welche aus Alle dem für die absolut gegebene Formel resultirt, der Eigenwerth, der solcher Formel ebenso im Ganzen, wie in ihren einzelnen Wort-Elementen zukommt, bedingt nun die doppelte Consequenz, einmal daß die Formel im Ganzen ebenso wenig wie durch eine Paraphrase, so auch nicht durch Zeichen oder concludente Handlungen ersetzt werden kann, vielmehr die stillschweigende Willenserklärung dem strictum ius unbekannt ist[36a]):

Cic. de Orat. I, 40, 183: certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri cum superiore (i. e. uxore) divortium;

---

35) Sev. Alex in C. Just. VI, 21, 7. (226); anders bereits M. Anton. Philos. in C. Just. VI, 27, 1. (169); dann auch Plin. Ep. IV, 10.

36) Cels. 16 Dig. (D. XXVIII, 7, 21) erklärte diese Einsetzung beim servus alienus insbesondere für gültig und dies bestätigte im Allgemeinen ein Rescript von M. Antonin. Phil. bei Marcian. 3 Reg. (D. XXVIII, 5, 51. pr.), ebenso Labeo, Nerat. und Aristo bei Ulp. 5 ad. Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 14) die Einsetzung: liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto; nicht minder Pomp. 2 ad Sab. (D. XL, 4, 4. § 2) die Honorirung: liber esto eique, si eum vindicta liberavero, heres meus X dato.

36a) Nicht damit im Widerspruch steht, daß die in iure cessio in ihren verschiedenen Vorkommnissen als Eigenthumsübertragung, manumissio per vindictam und dergl. ein Stillschweigen des Veräußerers zuläßt: Gai. II, 24. Boeth. in Top. p. 322. Hermogen. 1 Jur. Epit. (D. XL, 2, 23), Gai. I, 134. Denn die in iure cessio folgt hierin nicht dem Gesetze der Rechtsgeschäfte, sondern der Klagen: der non respondens ist pro confesso: lex Rubr. c. 21. 22. Keller, Civ.-Pr. A. 751. Francke, Heredit. Petit. 123. Daher ist es gleich im Effect, ob der Veräußerer die in iure cessio so vollzieht, daß er confessus, oder so, daß er pro confesso ist (s. A. 63).

Cels. 38 Dig. (D. XLV, 1, 99. pr.): quidquid adstringendae obligationis (vgl. Beil. VII. § 6) est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligitur;

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 2): contra (i. e. stipulatione non obligatur) si sine verbis annuisset; non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita annuit;

sodann, daß in jenen Formeln, einerseits in Folge ihres hohen Alters, und andrerseits in Folge der Unveränderlichkeit ihrer einzelnen Ausdrücke, Wort-Formen, wie -Fügungen bis in Zeiten herab sich behaupteten, in denen jene archaisch, mitunter aber auch geradezu unverständlich waren[37]):

Cic. de Orat. I, 43, 193: quem haec Aeliana (i. e. grammatica) studia delectant, plurima est et in omni iure civili et in pontificum libris et in XII tabulis antiquitatis effigies, quod — verborum prisca vetustas cognoscitur;

und im Besonderen:

Varr. LL. VII, 3, 52: „olli" valet dictum „illi," ab olla et ollo, quorum alterum, comitiis quom recitatur a praecone, dicitur „olla centuria" non „illa"; alterum apparet in funeribus indictivis, quom dicitur: „ollus leto datus est";[38])

Quint. J. O. VIII, 3, 27: quaedam (sc. vetusta verba) — necessario interim sumuntur: „nuncupare" et „fari", wozu vgl. Cic. de Orat. III, 38, 153;

Cic. Or. 47, 158: insuavissima praepositio est „af" eaque nunc tantum in accepti tabulis manet; und Vel. Long. p. 2224 P.: quotiens acceptam pecuniam referebant, non dicebant „a Longo", sed „af Longo";

Gell. II, 6, 16: „laudare" significat prisca lingua nominare appellareque; sic in actionibus civilibus „auctores laudari" dicitur, quod est nominari; und ähnlich Maen. Sat. VI, 7, 16;

---

37) Dadurch ward bedingt das Zusammenfassen juristischer und grammatischer Studien, worüber s. A. 413.

38) Vgl. in ersterer Beziehung Marquardt, r. Alterth. II, 3, 14 fg., in letzterer Beziehung Dens. V, 1, 356.

sowie anderntheils z. B.:

Gell. XX, 10: „ex iure manum consertum“ verba sunt ex antiquis actionibus, quae, cum lege agitur et vindiciae contenduntur, dici nunc quoque apud praetorem solent. Rogavi ego Romae grammaticum — — quid haec verba essent? Tum ille me despiciens: „aut erras“ inquit, „adulescens, aut ludis; rem enim doceo grammaticam, non ius respondeo.“ — — Usus consilio sum magistri, — — a quo discerem praetermonstrantis. Itaque id, quod ex iureconsultis quodque ex libris eorum didici, inferendum his commentariis existimavi, quoniam in medio rerum et hominum vitam qui colunt, ignorare non oportet verba actionum civilium celebriora;

Quint. J. O. VII, 6, 13: opus est aliquando finitione obscurioribus et ignotioribus verbis, ut quid sit clarigatio ercti citi.

Und solcher Archaismen finden wir in der That mannichfach überliefert, so damnas für damnatus, quandoque oder quando für das causale quum[39]), conserere und adserere manum als 7. Casus[40]) u. a. m.

Was sodann den dispositiven Theil des Rechtsactes anbetrifft, so ist dies allerdings ein nach Maaßgabe der concreten Willensbestimmung frei gewählter Wortbestand des Actes; allein abgesehen davon, daß derselbe in den absoluten Theil gleich einem Rahmen eingefügt und nach den sprachlichen Gesetzen des Periodenbaues zu syntaktischer Harmonie mit Jenem verbunden werden muß, so unterliegt überdem derselbe der doppelten gesetzlichen Anforderung, daß einmal die dispositiven Bestimmungen in lateinische Sprache gekleidet sein müssen, indem jede einer anderen Sprache angehörige Rede hier unstatthaft ist (vgl. Thl. I, 444), und daß sodann der Act nicht auf dies vel condicio gestellt werde. Dies ergiebt sich in ersterer Beziehung aus

39) Damnas z. B. im Damnationslegat; quandoque und quando z. B. bei der multae dictio: Gell. XI, 1, 4, in der Fetialformel bei Liv. IX, 10, 9. und häufig in den Legisactionen, so wie sonst noch.

40) Bergk in Philol. 1859. XIV, 186. no. 78.

Gai. II, 287: legata graece scripta non valent; und Ulp. XXV, 9: legatum graece scriptum non valeat;

Gai. III, 93: Verborum obligatio „Dari spondes? Spondeo“ adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit;

Lyd. de Mag. III, 68: *νόμος ἀρχαῖος ἦν, πάντα μὲν τὰ ὁπωσοῦν πραττόμενα παρὰ τοῖς ἐπάρχοις, τάχα δὲ καὶ ταῖς ἄλλαις τῶν ἀρχῶν τοῖς Ἰταλῶν ἐκφωνεῖσθαι ῥήμασιν.*

vgl. Theod. et Valentin, in Nov. Theod. XVI, 1, 8: videantur (sc. Graecis verbis relicta), ac si legitimis verbis ea testator dari, fieri observarique iussisset; sowie Thl. II. A. 18. 445.

Dagegen das zweite Requisit wird in den Quellen in der Fassung ausgesprochen: actus non recipiunt diem vel condicionem[41]):

Papin. 28 Quaest. (D. L, 17, 77): actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem;

und insbesondere bekundet von Papin. für mancipatio, cretio und später hereditatis aditio[42]), servi optio, tutoris

---

41) Die Frage, welche Tragweite solchem Satze zukommt, kann hier nicht erörtert werden, weil sie zu weit ableiten würde, vgl. Sell, Versuche II, 123. Keller, Civ.-Pr. A. 284—287. Sicher ist, daß der obige Rechtssatz im Laufe der Zeit immer mehr und mehr Einschränkungen erfuhr. So wissen die Pandecten bei den Legaten nur noch von Unstatthaftigkeit der Resolutivbedingungen, die überdem, wenn beigefügt, nicht annullirt: Pomp. 9 ad Sab. (D. XXX, 1, 55), Paul. 24 ad Ed. Praet. (D. XLIV, 7, 44. § 1), wogegen im Uebrigen vgl. z. B. Pomp. 3 ad Qu. Muc. (D. XXXV, 1, 1. § 1), Paul. 1 Man. (fr. Vat. 48. 49); allein die Controverse bei Gai. II, 200, wie die Benennung der cautio Muciana lassen erkennen, daß im Rechte der Republik die Sache anders lag. Vgl. auch A. 49.

42) Wegen der mancipatio vgl. noch Papin. 2 Resp. (fr. Vat. 329), Paul. 1 Man. (fr. Vat. 50). Wegen der hereditatis aditio vgl. Afric. 4 Quaest. (D. XXIX, 2, 51. § 2); auf diese ist obiger Satz übertragen von der cretio, der einzigen Form der aditio, welche die ältere Zeit kannte, s. A. 222

datio [43]); nicht minder aber auch für heredis institutio und exheredatio [44]), wie manumissio testamento [45]), für in iure cessio [46]), adiudicatio [47]) und cognitoris datio, wie für expensilatio und litterale acceptilatio [48]), endlich auch für Constituirung der Prädialservituten im Allgemeinen [49]). Dagegen galt jener Rechtssatz nicht für die Stipulation und deren Sphäre (Thl. II. A. 241), und wenn dennoch derselbe bei der acceptilatio Platz griff [50]), so ist dies wohl nicht ursprüngliches Recht, sondern Uebertragung des bei der litteralen Acceptilation geltenden Rechtes auf die nuncupative, welche bereits frühzeitig ausgesprochen worden war.

Für den nuncupativen Rechtsact in seiner Gesammtheit treten endlich auch bestimmte Anforderungen auf hinsichtlich der Aussprache und zwar zuerst, daß palam [51]), laut und vernehmlich der Rechtsact ausgesprochen sei:

Nicht widersprechend ist Scaev. 32 Dig. (D. XLII, 8, 23), wo condicio einen Vertrag zwischen Erben und Nachlaßgläubigern bezeichnet.

43) Ulp. 38 ad Sab. (D. XXVI, 1, 6. § 1) in Bezug auf den tutor dativus, nicht aber anerkannt in Bezug auf den testamentarius: Gai. I, 186. Ulp. 37 ad Sab. (D. XXVI, 1, 14. § 3. 5. XXVI, 2, 11. pr.), 25 ad Ed. (D. XXVII, 3, 9. § 2. 3), 35 ad Ed. (XXVI, 10, 3. § 9) Inst. I, 14, 3. 20, 1; allein dies und condicio bei der testamentarischen tutoris datio können erst nach der lex Atilia als zulässig anerkannt worden sein.

44) Bei der heredis institutio bezüglich Resolutivbedingung, dies ad quem, wie a quo, nicht aber bezüglich der Suspensivbedingung, und auch dort nicht annullirend: Gai. de Cas. (D. XXVIII, 5, 88), Papin. 1 Defin. (D. XXVIII, 5, 34) Inst. II, 14, 9. Wegen der exheredatio: Jul. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 3, 3. § 1).

45) Bezüglich des dies ad quem Paul. 12 Quaest. (D. XL, 4, 33), 74 ad Ed. (D. cit. 34) und so sicher auch bezüglich der Resolutivbedingung. Dagegen die Suspensivbedingung ist durch das XII Taf.-Gesetz über den statu liber ausdrücklich sancirt.

46) Paul. 1 Man. (fr. Vat. 48. 49. 50); Suspensivbedingung: Marc. 23 Dig. (D. XL, 1, 15).

47) Paul. 1 Man. (fr. Vat. 48. 49); abweichend Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 2, 16, § 2).

48) Papin. 2 Resp. (fr. Vat. 329) vgl. A. 405.

49) Papin. 7 Quaest. (D. VIII, 1, 4. pr.), somit in iure cessio und resp. mancipatio, legatum, adiudicatio.

50) Pomp. 9 ad Sab. (D. XLVI, 4, 4), Papin. l. c., Ulp. 34 ad Sab. (D. XLVI, 4, 5).

51) Palam ist wahrnehmbar: sichtlich, wie hörbar; s. Döberlein, Synon.

lex arae numinis Augusti dedic. von Narbo Mart. bei Herzog, Gall. Narb. Append. p. 3 no II: his legibus hisque regionibus dabo dedicaboque, quas hic hodie palam dixero; und übereinstimmend lex arae Jovis dedic. von Salona bei Orelli Inscr. 2490.

fetiale precatio beim foedus feriendum nach Liv. I, 24, 7: ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt;

Ulp. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 21. pr.): heredes palam, ita ut exaudiri possint, nuncupandi sint. Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere, sed si nuncupat palam debet; und so palam heredem nuncupare bei Cic. p. Mil. 18, 48. Suet. Cal. 38, vit. Horat. in fin., Paul. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXIX, 7, 20.), vgl. Gai. II, 104.

Cels. 38 Dig. (D. XLV, 1, 99. pr.): quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est.

Vgl. Edict. Aedil. in Dig. XXI, 1, 1. § 1: palam recte pronuntiato, und die lex bei Gai. III, 123: praedicat palam.

Und sodann die Anforderung, daß glatt und fließend, ohne zu stocken, zu stottern oder sich zu versprechen und verbessern der Rechtsact gesprochen werde:

Cic. p. dom. 55, 140: delatum est ad vos, pontifices, — quem ad modum iste — — se ipse revocando, dubitans, timens, haesitans, omnia aliter ac vos in monumentis habetis — pronuntiarit;

Val. Max. VIII, 13, 2: tutelam caeremoniarum per II et XX annos neque ore in votis nuncupandis haesitante neque in sacrificiis faciendis tremula manu gessit;

V, 293. Ungenügend ist Ulp. 21 ad Ed. (D. L, 16, 33): palam est coram pluribus; Pseudo-Asc. in Verr. p. 133: palam ad praesentium multitudinem et qualitatem frequentis loci (sc. pertinet); vgl. Donat. in Ter. Ad. IV, 3, 17. In obiger Beziehung insbesondere Ulp. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 21. pr.): quid est palam? non utique in publicum, sed ut exaudiri possit; exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus.

Plin. H. N. XI, 37, 174.: Metellum pontificem adeo inexplanatae (sc. linguae) fuisse accipimus, ut multis mensibus tortus credatur, dum meditatur in dedicanda aede Opi verba dicere.

Nicht minder endlich, daß ohne Unterbrechung und Zwischenpause der Rechtsact in äußerer Einheitlichkeit sich vollziehe[51a].

Alle jene Vorschriften aber qualificiren das Wort, in welches der Rechtsact sich kleidet, zum legalen Worte. Und diesem letzteren wird die Herrschaft und Anwendung gesichert durch mehrfache Nachtheile, die mit der Abweichung von jenen Vorschriften durch das Recht verknüpft sind.

Und zwar ist der allgemeinste Nachtheil, der mit der Abweichung vom legalen Worte verbunden ist, die Nullität des Actes selbst in Folge des Formfehlers. Diese wird bezeugt in den Beziehungen oben unter b. f. — m., wie bei Papin. 28 Quaest. cit. (D. L, 17, 77.) sammt A. 42—49.[52]) und Cels. 38 Dig. cit. (D. XLV, 1, 99. pr.), wie Ulp. 48 ad Sab. cit. (D. XLV, 1, 1. § 2); überdem aber auch in den Beziehungen bei

Liv. XXII, 9, 9. v. J. 535: votum Marti — non rite factum de integro — faciendum esse; XXXIV, 44, 2. v. J. 560: ver sacrum — — cum P. Licinius pontifex non esse recte factum collegio — renuntiasset, de integro faciendum — censuerunt; wozu vgl. Cic. de Leg. II, 9, 22.: sacrum commissum, quod neque expiari poterit, impie commissum esto; Plut. Coriol. 25: *μίαν θυσίαν τριακοντάκις ἐποίησαν, ἀεί τινος ἐλλείμματος ἢ προσκρούσματος γίνεσθαι δοκοῦντος·* sowie

Paul. 12 ad Ed. (D. II, 8, 6): quoties vitiose cautum vel satisdatum est, non videtur cautum.

51a) Unus contextus actus, continuus actus bezüglich der Testamente: Ulp. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 31, § 3), Inst. II, 10, 3; bezüglich der Stipulationen: Venul. 1. 2 Stip. (D. XLV, 1, 137. XLV, 2, 12. pr.), Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 1).

52) Eine späterer Rechtsentwickelung angehörige Beseitigung dieser Nullität bekunden A. 41. 44.

Insbesondere bei processualischen Acten führte diese Nichtigkeit, wenn von den Parteien verschuldet, zum Verluste des Processes (s. oben unter d und e), welcher Verlust die besondere Bezeichnung litis oder causa cadere, später formula cadere oder excidere führte[53].

Auf den Fall insbesondere aber, wo vitiöse Zusätze die Nichtigkeit herbeiführten[54], bezog sich die Parömie: Expressa nocent, non expressa non nocent[55], welche der Gegensatz bildet zur Parömie der aequitas: Superflua non nocent (A. 513).

Immer aber ist jene Nichtigkeit zugleich insanabel: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere[56], so daß daher eine nachträgliche Verbesserung des vitiösen Wortes unwirksam war.

Ein anderweites Remedium wider die Abweichung vom legalen Worte ist das piaculum, welches bei sacralrechtlichen Acten in gewissen Fällen Platz griff, so oben unter a und c, wozu vgl. Varr. LL. VI, 4, 30., wie nach:

Cic. de Leg. II, 9, 22.: sacrum commissum, — — quod expiari poterit, publici sacerdotes expianto; vgl. Preller, r. Myth. 117. fg.

---

53) Litis cadere bei Paul. Diac. p. 116; causa, formula cadere, excidere s. Keller, Lit. Cont. § 56. A. 8. fg. Civ.-Pr. A. 190, namentlich Cic. de Inv. H, 19, 57: ita ius civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportet egerit und fast gleichlautend Victorin. in Cic. Rhet. H. p. 276. II, Quint. I. O. VII, 3. 17. (s. unter e).

54) Ulp. 8 ad Ed. cit. (s. unter d) und Papin. 28 Quaest. cit. (s. bei A. 42).

55) Modestin. 7 Diff. (D. L, 17, 195. XXXV, 1, 52). Anwendungen: Marcell. 14 Dig. (D. XXXV, 1, 47), Pomp. 7 ad Qu. Muc. (D. XXVIII, 5, 68), Gai. 1 de Legat. ad Ed. praet. urb. (D. XXX, 1, 65. § 1), Papin. 2 Reg. (fr. Vat. § 329), 28 Quaest. cit. (D. L, 17, 77).

56) Paul. 8 ad Sab. (D. L, 17, 29); hinsichtlich der Testamente: Javol. 10 Epist. (D. L, 17, 201), Licin. Rufin. 2 Reg. (D. L, 17, 210); in besonderer Anwendung: Gai. II, 186. Gleiches Princip gilt auch bei anderen Nullitätsgründen der negotia stricti iuris, so bei Testament: Gai. II, 123. Ulp. 39 ad Ed. (D. XXXVIII, 11, 1. § 8), Modestin. 5 Pand. (D. XXVIII, 1, 19), beim Legat insbesondere nach der regula Catoniana, bei der Stipulation: Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 5), Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 6).

§ 3.

2. Die consonirenden Worte insbesondere als die Form des zweiseitigen Rechtsgeschäftes.

Der Fundamentalsatz des rigor, daß das legale Wort die nothwendige Form der Willenserklärung ist, gilt ohne Weiteres auch für das zweiseitige Rechtsgeschäft, insoweit dabei überhaupt von beiden Contrahenten eine ausdrückliche Willenserklärung gesetzlich erfordert wird. Bei diesem gewinnt indeß das legale Wort noch eine besondere Gestaltung, conform jenem allgemeinen Zuge des römischen Rechtes, den juristischen Gehalt der Rechtsacte in sinnlich wahrnehmbarer Ausprägung zu veranschaulichen. Und da nun das zweiseitige Rechtsgeschäft ein Act ist, in welchem die übereinstimmenden Willenserklärungen der beiden Interessenten zu einem einheitlichen Ganzen sich zusammenschließen, so wird nun die Uebereinstimmung durch Consonanz in wahrnehmbarer Weise ausgeprägt, so daß somit das legale Wort dort znm consonirenden Worte sich gestaltet.

Dieser Satz, daß das consonirende Wort die nothwendige Form der zweiseitigen Willenserklärung sei, hat indeß ein weit beschränkteres Herrschaftsgebiet als jener Satz von § 2, daß das legale Wort die nothwendige Form der Willenserklärung ist; denn während letzterer Satz für alle Rechtsacte, die dem rigor sich unterordnen, Geltung hat, so erleidet der erstere Satz allgemeine Anwendung nur in der Sphäre der Rechtsgeschäfte, während im Processe seine Herrschaft wenigstens keine allgemeine ist. Denn was dies Letztere betrifft, so findet sich allerdings jener Satz auch in zweiseitigen Proceßacten ausgeprägt, und so zwar bei der manumissio per vindictam, somit der assertio in libertatem mit confessio in iure, wo die Vindication des Scheinklägers lautet:

Hunc ego hominem ex iure Quiritium liberum [57]) esse aio, secundum suam causam, sicuti dixi; ecce tibi vindictam imposui [58]);

---

57) Vgl. Sen. N. Q. III. praef. 16: e iure Quiritium liberum; Cic. p. Caec. 33, 96: iure Quiritium liberum esse.

58) Diese Formel ergiebt sich daraus, daß die manumissio per vindictam eine vindicatio in libertatem ist: S. C. v. J. 577 bei Liv. XLI,

und die confessio des Schein-Beklagten:

Hunc ego hominem ex iure Quiritium liberum esse volo [59]);

während die magistratische pronuntiatio lautete:

Hunc ego hominem ex iure Quir. liberum esse dico [60]).

Und ebenso dürfen wir auch annehmen, daß bei der ernstlich gemeinten Vindication die contravindicatio des Beklagten genau in den nämlichen Worten erfolgte, wie die vindicatio des Klägers [61]).

Allein andererseits fehlte jene Consonanz der Worte bereits bei der in iure cessio, wo die Vindication des Scheinklägers lautete:

Hunc ego hominem oder dergl. ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicuti dixi; ecce tibi vindictam imposui [62]),

während für die Gegenrede des Schein-Beklagten die Worte genügten:

9, 11. Boeth. in Top. p. 288. Die Formel der Vindication aber ergiebt Gai. IV, 16.

59) Paul. Diac. p. 159: manumitti servus dicebatur, quum dominus eius aut caput eiusdem servi aut aliud membrum tenens dicebat: „Hunc hominem liberum esse volo" et emittebat eum e manu; vgl. Schol. in Pers. V, 75. Isid. Orig. IX, 4, 48. Pap. Vocab. v. manumissus: liberos confirmabant (sc. manumissores servos); Schol. in Pers. V, 125: manumittendo — servus a domino — servitio absolvitur; vgl. Cic. ad Att. VII, 2, 8. in A. 60. Vgl. auch A. 36.

60) Glossar. bei Brisson. de Form. VIII, 37: ὁ ἀρχὼν ἢ ὁ πράιτωρ — φάσκοντες· Φάμεν τὸν παρόντα ἄνθρωπον εἶναι ἐλεύθερον καὶ πολίτην ῥωμαῖον. Mit Unrecht statuirt hier Rein, Pr.-Rt. 572 addico st. dico; denn der manumittendus wird ja Niemandem addicirt; bei Cic. ad Att. VII, 2, 8 aber, worauf sich Rein beruft, wird me istos liberos non addixisse vom Manumittirenden, nicht aber vom Prätor gesagt, s. Dens. 558. A. 1.

61) Dies deutet an Plaut. Rud. IV, 3, 86: Gr. hunc meum esse dico. Fr. Et ego item esse aio meum, und Gai. IV, 16: adversarius eadem similiter dicebat.

62) Gai. II, 24. und bei Boeth. in Top. p. 322. Or.: rem tenens ita dicit: „Hunc ego hominem ex iur. Quir. meum esse aio"; deinde postquam hic vindicaverit; I, 134. Gell. V, 19, 3 und die Formel der vindicatio bei Gai. IV, 16. Anders Leist, Mancipation 39; dann aber hätten die Worte des Gai.: deinde — vindicaverit keinen Sinn.

Ego contra non vindico[63]),
worauf die addictio des ius dicens, an den Vindicanten gewendet, allerdings wieder lautete:

Hunc ego hominem oder dergl. tibi addico[64]).

Und ebenso fehlt solche Consonanz bei der leg. a. sacramento, da hier die provocatio sacramento lautete[65]) auf Seiten des Klägers:

Quando tu iniuria vindicavisti, te sacramento quingenario (oder quinquagenario) provoco,

auf Seiten des Beklagten aber:

Similiter ego te.

Dagegen tritt nun jene Consonanz der Worte als Gesetz hervor bei denjenigen zweiseitigen Rechtsgeschäften, welche auf beiden Seiten eine solenne Willenserklärung erfordern d. i. bei den Geschäften per aes et libram (s. § 32), und zwar zunächst in deren absoluten Theile. Hier aber gewann bei den ältesten Rechtsgeschäften jener Satz die sehr einfache Anwendung, daß für jedes Rechtsgeschäft nur eine einzige absolute Formel gegeben und diese nun consonirend construirt war. Denn dies läßt sich erkennen hinsichtlich der mancipatio, wo die Formel des mancipio accipiens lautete:

Hunc ego hominem oder dergl. ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto centum oder dergl. oder sestertio nummo uno hoc aere aeneaque libra[66]);

---

63) Gai. II, 24. und bei Boeth. cit.: praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante; I, 134: illo contra non vindicante. Vgl. A. 36.

64) Gai. II, 24. und bei Boeth. cit.: praetor — ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; I, 134. Ulp. XIX, 9: addicit praetor.

65) Valer. Prob. § 4. no. 2. Gai. IV, 16.

66) Gai. I, 119. und bei Boeth. in Top. p. 322. Or., Pap. Vocab. v. mancipi res; Paul. 1 Man. (fr. Vat. 50), Varr. LL. IX, 49, 83. vgl. Gai. III, 167. II, 104. Das richtige esto bekundet Gai. III, 167. und II, 104. und dasselbe ist schon aus diplomatischem Grunde anzuerkennen: aus esto konnte in der Abschrift est werden, nicht aber umgekehrt. Schwankend ist Leist, Mancipation 22. A. 5. Die Angabe des pretium in der Formel bekundet Paul. cit. vgl. Huschke, Instr. Flav. Syntr. 41 fg. Nexum, A. 49. Keller, Inst. 30. 32. Anderer Ansicht ist Leist, a. O. 181, dessen Interpretation des paulinischen „pretio“ aber als einer Umschreibung

die Formel des mancipio dans aber lautete:

Hunc ego hominem oder dergl. ex iure Quiritium tuum esse aio isque tibi emptus esto centum oder dergl. oder sestertio nummo uno hoc aere aeneaque libra [67])

Und gleiche Ordnung findet sich auch für die coemtio angedeutet (A. 80).

Sodann gilt dieser Satz aber auch innerhalb des Gebietes des Stipulationsrechtes; denn zunächst hinsichtlich der Stipulation selbst besagt dies deren Definition bei

Paul. Sent. rec. II, 3, 1.: stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondit; und Modest. 2 Reg. (D. XLII, 7, 52. § 2. 4): obligamur verbis, cum praecedit interrogatio et sequitur congrua responsio,

wo beidemal das Wort congruum gewiß aus einer älteren

---

des „hoc aere aeneaque libra" dem Wortsinne widerstreitet. Im Uebrigen s. A. 67.

67) Nach Leist a. O. 21 verhält sich der mancipio dans passiv und schweigend: er läßt einfach geschehen, daß der accipiens capit rem. Jedoch nicht allein, daß in dem technischen Ausdrucke mancipio dare, oder in Redewendungen, wie bei Gai. II, 104: mancipat alicui familiam der Hinweis auf eine Action des dans, und auf mehr als ein bloßes Geschehenlassen liegt, so sind auch directe Zeugnisse vorhanden; denn bei Cic. d. Off. III, 16, 65: cum XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, ist der lingua nuncupans, welcher verhaftet ist, der mancipio dans; ja an den Letzteren kann überhaupt nur gedacht werden in jenem XII Tafelgesetze unter dem Subjecte, durch dessen nuncupatio das ius gesetzt wird; endlich ist die mancipatio mit obligatorischer lex mancipii schlechterdings gar nicht denkbar ohne Gegenrede des mancipio dans, der durch solchen obligatorischen Vertrag sich verpflichtet; vgl. überdem bei A. 36. — Die Formel des mancipio dans ergiebt sich aus den Formeln, in denen der Kaufabschluß sich vollzog und zwar der interrogatio des emtor: Stichus centum est mihi emtus? und der addictio des venditor: Stichus tibi emtus esto centum! s. A. 244. 246. Denn jene erstere Formel correspondirt in dem Maaße der Formel des mancipio accipiens, daß wir sie als deren Nachbildung anzuerkennen haben, welchenfalls nun correspondirender Maaßen auch wiederum diese Formel der addictio als Nachbildung der Formel des mancipio dans anzusehen ist. Der Eingang der Formel aber: hunc ego bis aio ist unentbehrlich, weil er gerade das Fundament der Haftpflicht des mancipio dans für auctoritas bildet.

Definition entlehnt und von jener Consonanz zu verstehen ist [68]); nicht minder tritt jener Satz auch in der Darstellung hervor von

Gai. III, 92.; verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut: „Dari spondes? Spondeo. Dabis? Dabo. Promittis? Promitto" etc.; § 93: haec quidem verborum obligatio: „Dari spondes? Spondeo." — — Illa verborum obligatio: „Dari spondes? Spondeo";

indem hier allenthalben die Consonanz der Worte vorausgesetzt ist, wie namentlich aus dem Gegensatze von III, 112 erhellt.

Und Gleiches gilt sodann bezüglich der nuncupativen Acceptilation von der Darstellung bei

Gai. III, 169.: poterit sic fieri (sc. acceptilatio), ut patiaris haec verba me dicere: „Quod ego tibi promisi, habesne acceptum"? et tu respondeas: „Habeo",

womit übereinstimmt die stipulatio Aquiliana in J. Just. III, 29, 2.: habesne acceptum? Habeo acceptumque tuli" [69]).

Was sodann den dispositiven Theil des Rechtsgeschäftes betrifft, so ist allerdings das Erforderniß einer Consonanz der Worte in den Quellen nirgends befundet; allein es erscheint

68) Dagegen findet dieses Merkmal sich nicht in der Definition von Pomp. 26 ad Sab. (D. XLV, 1, 5. § 1).

69) Das habeo bei Gai. und in J. Just. ist sicher Breviloquenz späterer Zeit an Stelle von: Habeo acceptum, worauf das ἔχω λαβών bei Ulp. 48 ad Sab. (D. XLVI, 4, 8. § 4) und in J. Just. III, 29, 1. hinweist. Auch dieses habeo acceptum ist aber Breviloquenz: nach Inst. III, 29, 2. hatte die volle Formel gelautet: Habeo acceptum acceptumque tuli, und diese Formel bekundet noch das fr. Graec. de Obl. caus. bei Haubold, Opusc. II, 357: ἔχω λαβὼν ἢ καὶ ληφθὲν ἀπηνεγκάμεν. Vgl. noch Pomp. 27 ad Sab. (D. XLVI, 4, 15), Ulp. 47 ad Sab. (D. cit. 6), Paul. 12 ad Sab. (D. cit. 9). Dagegen eine Formel später Zeit ist: Acceptum facis? Facio: Ulp. 50 ad Sab. (D. XLVI, 4, 7). Meines Erachtens lautete die älteste Formel der nuncupativen Acceptilation auf: „Habesne acceptum?" „Habeo acceptum"; nach Verallgemeinerung des Gebrauches der codices accepti atque expensi in der zweiten Hälfte des 6. Jahrh. formulirte man dann die Antwort auf: „Habeo acceptum acceptumque tuli", worauf dann wieder in der zweiten Periode der Verfall dieser Formel beginnt: § 47. — Die litterale Acceptilation lautete „Acceptum fero", wie schon das Wort acceptilatio ergiebt.

als einfache Consequenz des allgemeineren Principes, daß die ältere Zeit auch in dieser Beziehung die Anforderung der Consonanz der Worte stellte.

Mit dem allgemeinen Satze selbst aber, daß in die nuncupative Form auch das zweiseitige Rechtsgeschäft sich kleidet, steht endlich in Zusammenhang der Satz, daß das zweiseitige nuncupative Rechtsgeschäft nicht inter absentes abgeschlossen werden könne: denn die Contrahenten müssen beiderseitig ihre verpflichtenden Worte hören [70].

Dahingegen aber gilt jener Satz wiederum nicht bei derjenigen Gruppe zweiseitiger Rechtsgeschäfte, wo überhaupt nur von der einen Seite eine solenne Willenserklärung erfordert wird, wie z. B. bei der dotis dictio (§ 32 unter B).

§ 4.

3. Die dem bezogenen Geschäfte correspondirenden Worte als die Form des bezüglichen Rechtsgeschäftes.

Die letzte Frage, auf welche das erörterte Thema hinleitet, ist die, inwiefern dem hier betrachteten Principe des rigor ein bestimmender Einfluß beizumessen ist auf correspondirende Rechtsgeschäfte d. h. ebensowohl auf die distrahirenden oder auflösenden, im Verhältniß zu den ein Rechtsverhältniß begründenden Geschäften, als auch auf die accessorischen Geschäfte im Verhältnisse zu den principalen, sodann auf die cumulativen Geschäfte, welche in der Mehrzahl zur Begründung gewisser Rechtsverhältnisse erforderlich sind, wie endlich auch auf die novatorischen Geschäfte. Und zwar kommt hierbei die Kundgebung des rigor in der zwiefachen und potenzirten Ordnung in Frage, ob jenes Correspondenzverhältniß der Rechtsgeschäfte seine äußere Ausprägung erfahren habe lediglich in einer Correspondenz der geschäftlichen Form im Allgemeinen, oder auch in correspondirenden Worten.

Was zunächst aber die correspondirende Form im Allgemeinen betrifft, so ist solche iu der That von dem rigor für die correspondirenden Rechtsgeschäfte erfordert worden, und so

---

70) Gai III, 136. 138. — Gai. II, 105. lib. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 15), Ulp. XX, 13.

zwar zuerst für die auflösenden Rechtsgeschäfte, wo jener Satz dahin bekundet wird, daß ein dem rechtsbegründenden Geschäfte conträrer Act zur Auflösung des Rechtsverhältnisses erforderlich sei [71]):

Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLVI, 3, 80.): prout quidque contractum est, ita et solvi debet;

Gai. 1 Reg. (D. L, 17, 100.): omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt;

Papin. 23 Quaest. (D. XLI, 2, 46.): eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri assolet;

Ulp. 48 ad Sabin (D. L, 17, 35.): nihil tam naturale est, quam eo genere quidquam dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur;

Paul. 65 ad Ed. (D. L, 17, 153.): fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus, vgl. 65 ad Ed. (D. XLI, 2, 8.).

In diesem Satze aber liegt wiederum die doppelte Consequenz, daß einmal die solutio an sich kein Aufhebungsmodus derjenigen Obligationen ist, welche durch solennes Rechtsgeschäft oder was dem gleich steht begründet worden sind [72]), vielmehr zu solcher Aufhebung noch der contrarius actus erfordert wird [73]); und sodann, daß der contrarius actus nur insoweit

71) Danz, r. Rechtsgesch. II, 95. sagt, jener Satz beziehe sich nicht auf eine entgegengesetzte Form, sondern auf einen entgegengesetzten Inhalt. Diese Ansicht ist mir jedoch nicht ganz klar und mit den Quellen nicht vereinbar: denn das prout bei Pomp., das modus bei Papin. und Paul. können nur auf die Form bezogen werden; die Kategorie des Inhaltes ist das „Was", nicht aber das „Wie".

72) Die solutio hebt sonach in ältester Zeit nur die Obligation ex delicto und quasi delicto auf, nicht aber die ex contractu und auch nicht durchgehends die quasi ex contractu, wie die Obligation aus Damnationslegat oder Judicat.

73) Liv. VI, 14, 5: rem creditori palam populo solvit (sc. pro debitore) libraque et aere liberatum (sc. debitorem) emittit; und so nun auch in späteren Quellen noch durchklingend, so bei Pomp. 2 Ench. (D. XLVI, 3, 107): verborum obligatio aut naturaliter resolvitur, aut civiliter: naturaliter, veluti solutione — —; civiliter, veluti acceptilatione.

zureichender Lösungsmodus ist, als er der nämlichen Gruppe von Rechtsformen angehört, wie der rechtsbegründende Act. Denn dies wird im Einzelnen bekundet bezüglich der diffareatio, welche nur die confarreirte Ehe löst[74]; ingleichen bezüglich der nexi liberatio, welche lediglich bei der durch aes et libra begründeten Obligation Platz greift, somit bei nexum und lex mancipii, wovon später das legatum per damnationem sich abhob, sowie daneben noch bei der Verbindlichkeit, über welche Richterurtheil ergangen ist[75]. Und wie sodann die litterale acceptilatio nur die durch expensilatio begründete Schuld tilgt[76], so ist wiederum die nuncupative acceptilatio Lösungsmodus der Stipulation allein[77]. Und hierauf beruht auch, daß das römische Recht eine Schuldverbindlichkeit auf Vornahme jenes contrarius actus und dem entsprechend Klagen kennt, welche darauf sich richten: ut actor liberetur obligatione[78].

Gleiches Gesetz offenbart sich sodann bei den accessorischen Rechtsgeschäften: die adstipulatio, ebenso wie die adpromissio in der Form der sponsio und fidepromissio kann nur zur stipulatio hinzutreten[79], während für die Geschäfte per aes et libram das vadimonium die entsprechende Bürgschaftsform war[80].

---

74) Vgl. Roßbach, r. Ehe 131.

75) Gai. III, 173: per aes et libram gestum und ex iudicati causa debitum; § 174: legatum per damnationem.

76) Cic. in Verr. II, I, 36, 92. 39, 100. 102.

77) Gai. III, 170. Ulp. 48 ad Sab. (D. XLVI, 4, 8. § 3), 2 Reg. (D. XLVI, 4, 19. pr.) Inst. VII, 29, 1. fr. Graec. de Oblig. caus. § 4—6. bei Haubold, opusc. II, 353. fg. vgl. Lab. 5 Pith. a Paul. epit. (D. XLVI, 4, 23), Ulp. 50 ad Sab. (D. XLVI, 4, 13. § 7). Eine Ausnahme ist, daß auch die iurata promissio operarum liberti durch acceptilatio aufgehoben wird; allein dies ist jüngeres Recht (A. 408).

78) So bei legatum liberationis von einer durch solennes Rechtsgeschäft begründeten Obligation mit seiner condictio: Jul. 32 Dig. und Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXIV, 3, 3. § 3. fr. 5. 7. § 1—3), Paul. 6 ad l. Jul. et Pap. (D. cit. fr. 29), dann die condictiones ob causam: Voigt, Cond. ob caus. § 48, a. quod metus causa: Voigt, a. O. A. 293, die a. rei uxoriae: Afric. 8 Quaest. (D. XV, 1, 38. § 1) u. a. m.

79) Gai. III, 110. 117. vgl. Huschke, Gai. 68. — Gai. III, 119; die abweichende Ordnung hinsichtlich der fideiussio ist jüngeres Recht: § 47.

80) Für die Geschäfte per aes et libram, insbesondere nach Maaßgabe

Nicht minder bei dem cumulativen Rechtsgeschäfte tritt jenes Gesetz hervor zunächst bei der coëmtio, wo, nachdem der Bräutigam die Braut durch Mancipation erworben hat, als integrirender Bestandtheil eine zweite solenne Action unmittelbar sich anschließt, welche wiederum aus zwei correspondirenden Rechtsgeschäften besteht, nämlich aus der Frage des coemtionator an das Mädchen: anne tu mihi materfamilias esse vis? mit der Antwort: tibi materfamilias esse volo, und sodann aus der Frage des Mädchens an den coemtionator: anne tu mihi paterfamilias esse vis? und der Antwort: tibi paterfamilias esse volo [81].

Ferner bei der Correalstipulation, wo indem Eine promissio auf die interrogationes von zwei Stipulatoren oder auf Eine interrogatio die promissiones von zwei Promissoren erfolgten [82], durch das Gesetz von § 3 (s. A. 68) die Correspondenz selbst der absoluten Worte bedingt war. Und so auch harmoniren bei dem agere per sponsionem poenalem die stipulatio und restipulatio tertiae partis oder, bei den interdicta duplicia insbesondere, die zwei stipulationes und zwei restipulationes.

Dagegen waltet endlich jenes Gesetz nicht ob, bei den solennen novatorischen Geschäften: expromissio und transscriptio a re in personam, wie delegatio [83], wobei allerdings

des XII Tafel-Gesetzes, dessen Paraphrase dahin lautet: venditae res et traditae non aliter emtori adquiruntur, quam si is venditor pretium solverit aut alio modo satisfecerit, war als bürgschaftliches Geschäft gegeben das alte civile vadimonium nach Varr. LL. VI, 7, 74: consuetudo erat, quom reus (Contrahent, wie in reus promittendi, correus) parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium (i. e. vadem) daret; a quo caveri postea lege coeptum est ab his, qui praedia venderent, vades ne darent; ab eo scribi coeptum in lege mancipiorum: „Vadem ne poscerent nec dabitur". Daneben stand das nicht minder alte civile vadimonium des Processes, so z. B. in Thl. II. A. 180. Das Letztere ward später durch die honorarische cautio iudicio sisti verdrängt und in den Quellen verdeckt; s. A. 218. 262.

81) Boeth. in Top. p. 299. Serv. in Aen. IV, 214 (aus Ulp. 1 Inst.); vgl. Roßbach, r. Ehe 70. fg.

82) Pomp. 24 ad Sab. (D. XLV, 2, 4), Inst. III, 16. pr. vgl. Plaut. Trin. V, 2, 38 fg.

83) Bezüglich der expromissio ist beweisend die stipulatio Aquiliana, welche auch nicht verbale Obligationen novirt; bezüglich der transscriptio

beachtlich ist, daß derartige Rechtsgeschäfte nur in der Sphäre der Litteral- und Verbal-Obligation, somit jüngerer Bildungen sich vorfinden.

Wenn sonach die liberatorischen, die accessorischen und die cumulativen Rechtsgeschäfte nach dem Principe einer Correspondenz der Form im Allgemeinen geordnet sind, so ist nun bei der weiteren Frage, ob darüber hinaus auch eine Correspondenz der Worte und zwar zunächst in dem absoluten Theile des Geschäftes geboten war, abzusehen von den Geschäften, wo hierfür nur eine einzige Formel dem Contrahenten zu Gebote stand, somit also die Ordnung gesetzlich ein für allemal gegeben war, wie z. B. bei der nexi liberatio, bei der nuncupativen und der litteralen acceptilatio, (A. 69), ingleichen bei dem außerprocessualischen vadimonium, wie endlich bei der an die coemtio sich anschließende Wechselfrage. Wo dagegen gesetzlich eine Mehrheit von Formeln gegeben war, da war es allerdings für den Rechtsverkehr selbst das Bequemste, Nächstliegende und Einfachste, nach der Structur und dem Wortlaute der Formel des bezogenen Geschäftes auch die Formel des bezüglichen Geschäftes zu construiren; ob indeß auch gesetzlich solche Correspondenz der Formel-Worte erfordert wird, dafür bieten die Quellen allerdings keine Andeutung, vielmehr wird insbesondere auf dem Gebiete des Stipulationsrechtes mit seiner Mehrheit von absoluten Formeln von Gai. bekundet, daß die Adstipulation nicht an die Formel der Stipulation gebunden sei [84]. Allein immerhin werden wir solche Freiheit doch nur als ein Product jüngerer Rechtsentwickelung: der Periode des Verfalles der Formeln (§ 56) anzusehen, für die älteste Zeit dagegen anzu-

---

a re in personam ergiebt es die Natur des Geschäftes. Die transscriptio a persona in personam kann allerdings nur die Litteralobligation noviren; allein hier beruht solches nur in der Natur des Geschäftes, nicht auf einem Rechtsprincip. Gai. III, 176. 177 setzt zwar voraus, daß die durch expromissio oder delegatio novirte Obligation auf Stipulation beruht; allein gegenüber der stipul. Aquiliana ist daraus Nichts für das Princip zu folgern.

84) Gai. III, 112: potest etiam aliis verbis uti adstipulator, quam quibus nos usi sumus. Itaque si verbi gratia ego ita stipulatus sim: „Dari spondes?“ ille sic adstipulari potest: „Idem fide tua promittis?“ vel: „Idem fide iubes?“ vel contra.

nehmen haben, daß damals auch für adstipulatio und adpromissio jenes Gesetz correspondirender Worte in dem absoluten Theile des Geschäftes als juristische Anforderung gegolten habe [85].

Dagegen hinsichtlich der dispositiven Worte der correspondirenden Rechtsgeschäfte fehlt es an jedem Anhalte, zu entscheiden, ob auch hierin eine mit dem bezogenen Geschäfte correspondirende Formelconception erfordert wurde [86].

B. Das legale Wort als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

§ 5.

1. Das legale Wort als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes im Allgemeinen.

Indem der rigor die Willenserklärung, somit das legale Wort: verbum oder dictum, scriptum, ῥητόν (§ 1) im Gegensatze zur Willensbestimmung zu dem rechtsverbindlichen Elemente des Rechtsactes erhebt, so gewinnt damit jenes legale Wort einen Werth und eine Stellung, die wir in modernisirender Auffassung als juristische Repräsentation der rechtlichen Willensbestimmung bezeichnen können. Denn gleichwie der Repräsentant im Bereiche solcher Stellung die Persönlichkeit des Repräsentirten vollständig verdeckt, ja in sich aufnimmt, indem auf ihn die Willensaction des Letzteren sich überträgt und seine Willensbestimmung als die des Repräsentirten juristisch gilt, so nun

85) Dies nehmen auch an Westrik ad loc. Gaii de sponsor. p. 16, Puchta, Inst. § 264. p. Bekker, proc. Cons. 189. 264. Vgl. Plaut. Curc. V, 2, 74 fg. Trin. V, 2, 38 fg. Eine Bestätigung des obigen Gesetzes klingt übrigens, eine tralaticische Ausdrucksweise vorausgesetzt, etwa noch durch bei Paul. 12 ad Sab. (D. XLVI, 4, 14): nisi consentiat acceptilatio cum obligatione, — — imperfecta est liberatio, quia verbis verba ea demum resolvi possunt, quae inter se congruunt. Die fideiussio insbesondere war jedoch zu jung, um jemals unter die Herrschaft jenes Gesetzes zu fallen.

86) Bezüglich der adstipulatio wie adpromissio negirt dies implicite Gai. III, 113. 126; vgl. jedoch A. 85.

wird dort dem Worte die Stellung eingeräumt, daß der ihm eigene, somit sein allgemein sprachlicher Denkgehalt die Willensbestimmung des Redenden vertrete, gleichgültig, ob diese Vertretung in Wirklichkeit obwaltet oder nicht. Wenn gleich daher das römische Recht zu allen Zeiten dem Worte den Beruf zuerkennt, Träger eines adäquaten Willens zu sein, so daß es ausgehen muß von einem willensfähigen Individuum, um juristischen Effect zu erlangen, so gewinnt doch nach dem rigor das Wort in dem Momente, wo es von dem willensfähigen Individuum ausgesprochen ist, seinem Autor gegenüber seine Unabhängigkeit und Sebstständigkeit wieder, kraft welcher es fortan seinen eigenen Denkgehalt, gegeben durch seinen nationell sprachlichen Begriffswerth, selbstständig in sich trägt, aufrecht erhält und juristisch geltend macht, nicht aber hinsichtlich dieses Denkgehaltes von dem Gedanken und der Willensmeinung seines Autors abhängig ist und bestimmt wird. Es befreit sich das Wort, wie in Thl. I § 9 gesagt, sobald es verlautbart ist, von aller Abhängigkeit vom Willen dessen, der es setzte: es gewinnt seine eigene Selbstständigkeit wieder und tritt auf als eigene Macht, bezüglich seines Sinnes unabhängig von dem Gedanken des Redenden und dessen individuellen Willen; oder, wie Modestin. de Heurem. (D. XXXIII, 2, 19) sich ausdrückt: plus valet scriptura, quam peractum sit.

Dieser Satz tritt hervor zunächst bezüglich der leges in der Formel von deren Annahme Seitens der abstimmenden Comitien, insofern auf die Rogation des das Gesetz einbringenden Magistrates: velitis, iubeatis, Quirites, hoc sic fieri, die Zustimmung lautete: Uti rogas (scil. ita volo, iubeo)[87]. Denn diese Formel erklärt den Beitritt zur rogirten lex nicht nach deren Inhalt: nicht für ea, quae rogas, sondern nach der Form der Kundgebung ihres Inhaltes: für uti rogas. Und daß nun auch diese Formulirung der Zustimmung zum Gesetze auf uti keineswegs als eine von dem Alterthume selbst gar nicht erkannte und lediglich von uns hineingetragene Feinheit der Redewendung angesehen werden darf, ergeben die XII Tafeln, wo wir in gleich characteristischer und hier zwar un-

87) Marquardt, r. Alterth. II, 3, 96.

zweifelhaft wohl berechneter Anwendung jenem nämlichen uti begegnen.

Denn hinsichtlich des testamentum, nexum und der mancipatio verordnen die XII Tafeln:

uti legassit, super pecunia tutelave, suae rei, ita ius esto;
cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto,

so daß auch hier jenes uti hervortritt und zwar, in dem zweiten Gesetze, noch besonders bestimmt durch die Verbindung mit lingua nuncupare. Und daß nun hierin eine Sanction jenes dem rigor anheimfallenden Princips der Prävalenz des verbum in der That enthalten ist, erkennen die Quellen mehrfach an:

Cic. de Off. III, 16, 65: cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata [88];
Fest. v. nuncupata p. 173 M.: uti lingua nuncupassit, id est uti nominarit locutusve erit;
vgl. Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. § 2) und Scaev. 6 Quaest. (D. XXVIII, 2, 29. § 10) in § 28 unter d.

Sodann bekundet gleichen Satz für die Stipulation

Cic. p. Caec. 3, 7: si quis, quod spopondit, qua in re verbo se obligavit uno, si id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur.

Parallel mit jenem uti nuncupassit und dergl. steht aber auch das in den Arvalacten häufig vorkommende: quae in verba vovi und in eadem verba voveo, so z. B. bei Henzen, scavi nel bosco sacro dei frat. Arv. 4, 36. 39. 53, 24. 60, 7. u. ö., während jenes uti selbst wiederkehrt in der Fetialformel des foedus feriendum bei Liv. I, 24, 7: ut[i] illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus pop. Rom. prior non deficiet; sodann in der Formel der Selbstdevovirung in A. 98, und in dem testamentum per aes et libram bei Gai. II, 104: haec ita, ut[i]

88) Für die Lesung bei Cic. p. Caec. 23, 65: si contra verbis et litteris et, ut dici solet, summo iure contenditur — — illud, quod dicitur „Uti lingua nuncupassit" irrident, fehlt die handschriftliche Beglaubigung.

in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor.

Wenn somit dieses Princip des rigor darin sich kund giebt, daß das verbum für sich allein so Recht, wie Rechtspflicht und ebenso in Existenz und Wirkung, wie in Gehalt und Umfang bestimmt, so bieten sich nun manichfache Beispiele für solche Anwendung und Geltung des Principes und zwar zunächst in dem höchst significanten Vorkommnisse, welches sich ereignete, als man unter Tarquinius Superbus beim Graben des Grundes für den Tempel des capitolinischen Jupiter auf dem tarpejischen Hügel ein Menschenhaupt fand und über die Deutung dieses ostentum bei dem berühmten etruskischen vates Olenus Calenus anfrug; denn indem Letzterer erkannte, daß jenes ostentum den Fundort als das künftige Haupt der Welt bezeichne, so gedachte derselbe, durch List das Götterzeichen zu Gunsten seines eigenen Volkes zu wenden: mit einem Stabe das Bild des tarpejischen Hügels auf den Erdboden hinzeichnend, frug er die römischen Gesandten: hoc ergo dicitis, Romani, hic templum Jovis optumi maxumi futurum est? hic caput invenimus? Würden nun die Gesandten diese Frage bejaht haben, so war der Zweck der captiösen Frage erreicht; allein die Römer antworteten vorsichtiger Weise: non plane hic, sed Romae (und etwa noch: neque a vobis, sed a nobis) inventum caput dicimus, und vereitelten damit jene captio des Etruskers [89]). Hiermit aber stimmt überein der Satz der Auguraldisciplin, daß das vom Augur wissentlich falsch nunciirte Auspicium als wahr angenommen werden darf, wenn immer auch der Augur dadurch die Strafe der Götter verwirkt [89a]).

Hierneben werden sodann folgende Vorkommnisse berichtet [90]): Eine Frage, welche der römische Bürger bei der Censur von

89) L. Piso bei Plin. H. N. XXVIII, 2, 15. Dion. IV, 60. Serv. in Aen. VIII, 345. Zon. VII, 11.

89a) Plin. H. N. XXVIII, 4, 17. Liv. X, 40, 11 fg. Cic. Phil. II, 35, 88. vgl. Müller, Etrusker II, 134. Marquardt, r. Alterth. II, 3, 114. IV, 349 fg.

90) Alle diese Beispiele enthalten, weil bezüglich des Eides hervortretend, mißbräuchliche Anwendungen des rigor: denn der Eid ist nicht ex verbo, sondern ex sententia zu interpretiren s. § 38. Vgl. jedoch A. 99.

dem Censor unter Anderem vorgelegt erhielt, lautete: tu ex animi sententia uxorem liberum quaesundum gratia habes? worin die Formel uxorem liberum quaesundum gratia habere lediglich als legale Umschreibung der Ehe im Gegensatze zu dem nicht legitimen Geschlechtsverhältnisse gilt und insbesondere das Merkmal des liberum quaesundum gratia nur als ein psychisches Moment, als Motiv und Absicht der sich Vereinigenden das Wesen der Ehe bestimmt. Sp. Carvilius Ruga jedoch stützte im J. 523 auf die von ihm geschehene Bejahung solcher Frage seine Ehescheidung unter der Deduction: das Merkmal des liberum quaesundum gratia bestimme gleich als causales Moment: als Zweck das Wesen der Ehe, so daß daher die Existenz der Letzteren von der Verwirklichung des Ersteren bedingt sei; da nun seine Ehefrau steril sei, so verbiete ihm der geleistete Eid, die Letztere noch länger als Ehefrau zu behalten [91].

Nach der Schlacht bei Cannae im J. 538 entsendete Hannibal aus seinem Lager an den römischen Senat zehn gefangene Römer als Unterhändler über den Loskauf der Kriegsgefangenen, nachdem er denselben die eidliche Verpflichtung der Rückkehr in sein Lager für den Fall der Fruchtlosigkeit ihrer Mission auferlegt hatte. Der eine Abgesandte kehrt, kurz nachdem er das Lager verlassen, in dasselbe zurück unter dem Vorwande, etwas vergessen zu haben; dann seinen Weg nach Rom fortsetzend, unterläßt er später nach dem Scheitern der Mission die Rückkehr in das Lager unter dem Hinweis, daß er seine eidliche Verpflichtung bereits durch jene Umkehr auf dem Wege erfüllt habe [92].

---

91) Vgl. Voigt, Lex Maenia A. 64. 181

92) C. Acilius Glabrio bei Cic. de Off. III, 32, 115. Polyb. VI, 58. und danach Cic. de Off. III, 32, 113. vgl. das Glossem das. I, 13, 40. Liv. XXII, 58, 8. 61, 8. XXIV, 18, 5. Gell. VI, 18. Val. Max. II, 9, 8. Zon. IX, 2. — Ein anderes Beispiel aus der griech. Geschichte bieten Plut. Apoph. Lacon. Cleomenis II fg. p. 223. Cic. de Off. I, 10, 33, wozu vgl. Polyaen. VII, 43: Cleomenes hat mit den Argivern einen Waffenstillstand für 7 Tage geschlossen und überfällt die Letzteren in der 8. Nacht, weil er nur für die Tage, nicht auch für die Nächte den Vertrag geschlossen.

Die Sclaven des Tremellius Scrofa, Quästor im J. 612, hatten dem Gutsnachbar eine Muttersau: scrofa gestohlen; Tremellius hiervon in Kenntniß gesetzt, läßt den Cadaver des getödteten Thieres auf dem Lager seiner Gattin unter den Decken bergen, führt dann den Bestohlenen zu diesem Lager, worauf Jene ruht, und schwört nun, auf das Bett zeigend: nullam esse in villa sua scropham nisi istam, quae in centonibus iacet, womit der Bestohlene sich beruhigt in dem Glauben, Tremellius habe die eigene Gattin durch scrofa bezeichnet [93]).

Endlich bietet eine Anwendung dieses Principes die Entscheidung gewisser älterer Juristen, welche referirt:

Ulp. 42 ad Sab. (D. XXI, 2, 31.): si ita quis stipulanti spondeat: „Sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse“ (sc. servum venditum) et cetera, inutilis stipulatio videtur, quia, si quis est in hac causa, impossibile est, quod promittitur, si non est, frustra est.

Dieses Princip des rigor führte daher, um solcher Ausbeutung des verbum vorzubeugen, zu jener so peinlichen Genauigkeit und Sorgsamkeit in Conception von Gesetzen und Rechtsgeschäften [94]); und wie dieser penible Styl der Rechtsacte durch die zahlreichsten Ueberlieferungen bekundet wird [95]), so wird andrerseits die dabei maaßgebende Tendenz, dadurch die captiöse Mißdeutung der Rede auszuschließen, ausdrücklich be-

---

93) Macr. Sat. I, 6, 30, wozu vgl. Melissus bei Gell. XVIII, 6, 4: matrona est, quae semel peperit; quae saepius, materfamilias; sicuti sus, quae semel peperit, porca, quae saepius, scrofa.

94) Wegen gleicher Erscheinung bei anderen italischen Völkern vgl. Aufrecht und Kirchhoff, umbr. Sprachdenkm. II, 188. Müller, Etrusker I, 55. A. 118.

95) So z. B. die lex arae numinis Augusti dedicandae von Narbo Mart. bei Herzog, Gallia Narbon. append. p. 8: numen Caesaris Augusti — —, quando tibi hodie hanc aram dabo dedicaboque, his legibus hisque regionibus dabo dedicaboque etc.; lex munic. Salpens. c. XXII. XXIII; edict. perpetuum in Dig. XXXVIII, 4, 1. pr. XLIII, 30, 1. pr.; stipulatio Aquiliana bei Florent. 8 Inst. (D. XLVI, 4, 18. § 1). Auch das qua de re agitur und quo de agitur des Processes gehört hierher.

zeugt bei Gelegenheit der Formel für Opferspendung von Wein: mactus hoc vino inferio esto [96]) von

Trebat. bei Arnob. adv. Gent. VII, 31: „inferio“ verbum ea causa est additum eaque ratione profertur, ne vinum omne omnino, quod in cellis atque apothecis est conditum, ex quibus illud quod effunditur promptum est, esse sacrum incipiat et ex usibus eripiatur humanis. Addito ergo hoc verbo solum erit, quod inferetur, sacrum nec religione obligabitur caeterum,

wozu Arnob. beifügt: qualis ergo hic honor est, in quo imponitur quasi lex deo, ne plus quaerat, quam datum est? Aut cuius ipse est aviditatis deus, qui nisi verbi fuerit praescriptione submotus, cupiditatem suam protendat ulterius et apothecis suis supplicem privet? — — Si exceptione non addita sacrum necesse est fieri omne omnino quod in cellis vinum, manifestum est et deo contumeliam fieri, cui modus constituatur invito.

Und sodann nöthigte jenes Princip, durch eine besondere Clausel es ausdrücklich auszusprechen, wenn der Redende seinen Rechtsact jenem Principe des verbum entziehen und statt dessen dem der voluntas unterordnen wollte. Solche Clauseln sind namentlich: quod me sentio dicere oder uti scio, sentio intelligo oder uti intellectum est oder ex animi mei sententia, und Beispiele dafür bieten sich

in der Auguralformel für Abgränzung des templum nach Varr. LL. VII, 2, 8: arbor, quirquir est, quam me sentio dixisse und inter ea conregione — — utique ea rectissime sensi [97]);

in der magistratischen Formel der Devovirung feindlicher Staaten und Heere nach Macr. Sat. III, 9, 10. fg. Dis Pater, Veiovis, Manes — —, ut omnes illam urbem Carthaginem exercitumque, quem ego me

96) Vgl. Marquardt, Handb. IV. A. 8078.

97) Fälschlich emendirt Bergk im Philologus 1859. XIV, 389. defixisse und sepsi.

sentio dicere, fuga — — conpleatis; — — exercitumque hostium, urbes agrosque eorum, quos me sentio dicere, uti vos eas urbes agrosque — devotas — habeatis. — —

Si haec ita facitis, ut ego sciam, sentiam intelligamque, tum etc.[98])

in der fetialen Eidesformel des foedus feriendum bei Liv. I, 24, 7: uti ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet;

wie auch in den Eides-Clauseln: ex animi mei sententia und bona fide[99]);

in der Formel der voti nuncupatio in den tab. fratr. Arv. XXIII, 44. Mar.: Juppiter Optime Maxime, si imperator Titus Caesar Vespasianus — — et Caesar, Divi filius, Domitianus, quos nos sentimus dicere, vivent, — — eventumque bonum ita, uti nos sentimus dicere, [dederis]; und parallel tab. XXIV, 2. 6: quos me sen[tio dicere] und ita, [uti me sentio dice]re; und ebenso in den Tafeln bei Henzen, scavi nel bosco sacro dei frat. Arv. 42, 31. 35. 43, 4. 53, 20. 56, 11. und in Bullet. 1859. p. 104, 7. 11. 105, 44. 49. 115, 27.

in der lex aedis Jovis Liberi Furfens. dedicand. v. 696 in C. J. L. I no. 603 lin. 8 fg.: venditio locatio aedilis esto, quemquomque veicus Furfens(is) fecerint; quod se sentiunt, eam rem sine scelere, sine piacul[o][100]).

98) Anders in der Formel der Selbst-Devovirung bei Liv. VIII, 9, 8: sicut verbis nuncupavi, ita pro re publica Quiritium — legiones auxiliaque hostium mecum Diis Manibus — devoveo, was parallel ist dem bei A. 88 Besprochenen.

99) Vgl. Beil. VII. § 4. Wegen ex animi mei sententia vgl. noch Cic. Acad. pr. II, 47, 146. de Off. III, 29, 108. Liv. XLIII, 15, 8; ex mei animi sententia in dem iusiurandum Ariliensium bei Fabretti Inscr. p. 574. Diese Clausel selbst enthielt jedoch insofern etwas Ueberflüssiges, als der Eid im Allgemeinen der aequitas unterfiel: § 38.

100) Wegen des Verständnisses dieser Stelle s. Voigt, drei epigr. Constitutionen A. 58.

Und nicht minder gehörten hierher theils die Clauseln: huic monumento dolus malus et ius civile abesto und huic monumento, ab hoc collegio dolus malus oder dolus abesto (A. 672), sowie auch die doli clausula (Beil. XIX. § 4).

§ 6.

2. Die consonirenden Worte insbesondere als das rechtsverbindliche Element des zweiseitigen Rechtsgeschäftes.

Der in § 3 dargelegte Satz, daß bei dem zweiseitigen Rechtsgeschäft das legale Wort zum consonirenden Worte sich gestaltet, bedingt für das hier behandelte Princip, wonach das legale Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes ist, bezüglich jenes Geschäftes die besondere Anwendung, daß das consonirende Wort auch das rechtsverbindliche Element solchen Geschäftes ist. Dieser Satz tritt noch hervor bezüglich der Stipulation und Expensilation in

Gai. III, 137: in his contractibus (sc. qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur; lib. 2 Aureor. (D. XLIV, 7, 1. § 7): verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulemur;

sowie bezüglich der Stipulation bei

Modestin. 2 Reg. (D. XLIV, 7, 52. § 2): obligamur — verbis, quum praecedit interrogatio et sequitur congruens responsio, im Gegensatze zu § 4: consentientes in aliquam rem ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur.

Im Besonderen giebt sich solcher Satz in den Anwendungen kund bei

Gai. III, 102: inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit, veluti si sestertia X a te dari stipuler et tu nummum sestertium V milia promittas (vgl. A. 156);

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 3): si ita interrogatus: „Intra kalendas quintas“, responderit: „Dabo idibus“ (somit durchschnittlich 14 Tage früher), — non obligatur; non enim sic respondit, ut interrogatus est;

Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 2): si stipulante me Stichum aut Pamphilum tu unum daturum te spoponderis, constat non teneri te nec ad interrogatum esse responsum (vgl. A. 157),

wo allenthalben das ad interrogatum esse responsum einer der mehreren Gesichtspunkte ist, nach denen die altüberlieferte Theorie der stipulatio inutilis von der Wissenschaft behandelt wurde, und der auch bei Gai. 2 de Verb. Obl. (D. XLV 1, 141. § 3) wiederkehrt. Endlich ist die Geltung jenes Satzes bei der acceptilatio indirect noch bezeugt von

Papin. 1 Defin. (D. II, 15, 5.): cum Aquiliana stipulatio interponitur, — — lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur. Liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit;

denn hierdurch bekundet Papinian, daß einst der Rechtssatz Geltung hatte, es würden durch die stipulatio Aquiliana auch diejenigen Obligationen aufgehoben, welche zwar nach der Wortfassung, nicht aber nach der Willensbestimmung der Distrahenten in der stipulatio inbegriffen waren, und daß erst die spätere Rechtswissenschaft solche „liberalitas“ beseitigte.

§ 7.

Die besonderen Consequenzen des Princips, daß das legale Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes ist.

Das Princip des rigor, daß im Allgemeinen das legale Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes und im Besonderen das consonirende Wort das rechtsverbindliche Element des zweiseitigen Rechtsgeschäftes ist, prägt sich aus in mehrfachen Consequenzen, die zugleich jenes Princip am Anschaulichsten und Deutlichsten vor Augen führen. Und zwar ordnen sich alle diese Consequenzen dem doppelten Gesichtspunkte unter, daß theils das Wort mangelhaft die Willensbestimmung des Redenden vertritt, theils diese Willensbestimmung an und für sich eine mangelhafte ist.

Die Vorkommnisse selbst aber, in denen eine Mangelhaftigkeit der Willenserklärung hervortritt, sind wiederum verschiedenartig und reduciren sich auf folgende Verhältnisse:

1. das Wort an sich ist nicht mangelhaft, wohl aber ist mangelhaft seine Vertretung der Willensbestimmung des Redenden. Hier daher ist der Mangel ein innerer: das formell genügende verbum ist der voluntas nicht conform. Dieser Mangel beruht darin, daß entweder das verbum nicht adäquat ist der voluntas d. h. einen anderen Denkinhalt vertritt, als worauf die voluntas zum Zeitpunkte des Redens sich richtete, oder aber nicht congruent ist der voluntas d. h. eine andere, sei es engere, sei es weitere Begriffssphäre vertritt, als auf welche die voluntas zum Zeitpunkte des Redens sich erstreckte. Diesem Verhältnisse unterfallen die zwei Vorkommnisse:

a. jene mangelhafte Vertretung ist Seitens des Redenden eine absichtliche: Simulation oder Scheingeschäfte und verwandte Fälle: § 8;

b. jene mangelhafte Vertretung ist Seitens des Redenden eine unabsichtliche: Interpretationsfall von scriptum et voluntas [101]): § 9.

2. das Wort d. i. die Rede an sich ist mangelhaft und vertritt um deßwillen mangelhaft die Willensbestimmung des Redenden. Diesem Verhältnisse unterfallen die vier Vorkommnisse:

a. die Rede ist lückenhaft, indem die gebrauchten Worte nicht zureichen, der Rede einen befriedigenden Sinn abzugewinnen: Interpretationsfall der ratiocinatio: § 10. Hierunter ordnen sich zwei Vorkommnisse: theils die reale Lückenhaftigkeit der Rede, wo einer äußerlich abgeschlossenen Gedankenreihe der innere oder reflexive Abschluß mangelt, indem ein dafür erforderliches Glied fehlt, weil der Redende solchen fehlenden Gedanken nicht zum Ausdrucke vermittelt hat; theils die formale

101) Wegen der im Obigen geschiedenen Interpretationsfälle vgl. Beil. XVII. § III. Einiges Material für dieselben in ihrer Stellung gegenüber dem rigor bieten: Fr. Hotmann, Iurisconsultus in Oper. I, 1087. fg. J. H. Böhmer, de Interpretationis grammat. fatis et usu vario in iure Rom. in der Praefatio zu des Heineccius Ausgabe von Brisson de Verb. Sign. Vgl. A. 159.

Lückenhaftigkeit der Rede, wo einer äußerlich abgeschlossenen Wortreihe der satzmäßige oder periodische Abschluß mangelt, indem durch Ausfall von Worten oder Buchstaben oder Lauten entweder die äußere Continuität der Worte oder die syntaktische Vollständigkeit des Satzes gestört ist (s. Beil. XVII § VII);

b. das Wort ist undeutlich, indem der durch dasselbe vertretene Begriff hinsichtlich der in seinem Inhalte oder Umfange enthaltenen Einzelheiten nicht absolut bestimmt und in Folge dessen im betreffenden Falle Zweifeln unterworfen ist: Interpretationsfall der definitio: § 11;

c. das Wort ist mehrdeutig, indem dasselbe mehr als Einen Begriff vertritt: Interpretationsfall der ambiguitas: § 12;

d. die Rede ist widersprechend, indem zwei oder mehrere zusammengehörige Worte unter einander in einem zweifelhaften Verhältnisse des Widerspruches stehen: Interpretationsfall der contrariae leges: § 12.

Eine besondere Qualification gewinnen sodann die Fälle der mangelhaften Willenserklärung und namentlich des scriptum et voluntas und der ratiocinatio vom Standpunkte des späteren Rechtes dann, wenn die Wahl des mangelhaften Wortes oder die Auslassung des erforderlichen Wortes nicht einfach durch einen singulären Sprachgebrauch des Redenden oder einen zufälligen Umstand bestimmt, vielmehr durch einen error des Redenden oder durch Einwirkung eines Dritten mittelst dolus oder vis beeinflußt ward: § 13.

Dagegen die Willensbestimmung an sich ist vom Standpunkte des späteren Rechtes vitiös, wenn dieselbe auf einem error des Wollenden beruht oder durch Einwirkung eines Dritten mittelst dolus oder vis beeinflußt ist: § 14.

Allen diesen Verhältnissen gegenüber wird nun die Stellung des rigor durch das Princip unmittelbar bestimmt: das verbum ist das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes; denn auf Grund dessen ist in den Fällen unter 1 das verbum vollgültig, und irrelevant ist die Abweichung der voluntas von solchem; daher insbesondere auch die Interpretation wegen scriptum et voluntas gänzlich ausgeschlossen ist. Und gleiche Consequenz gilt auch in dem Letzten der obigen Fälle, wo die Willensbestimmung selbst durch error, dolus oder vis beeinflußt ist.

Dagegen in den Fällen unter 2 ist bei definitio, ambiguitas und contrariae leges die Interpretation allerdings nothwendig, weil in dem Worte an sich der Mangel liegt; allein dieselbe hat es hierbei immer nur mit dem verbum an sich zu thun: das Wort ist aus sich selbst heraus d. h. nach allgemein sprachlichen Gesetzen, nicht aber aus dem Willen des Redenden heraus zu interpretiren. Dagegen bei der ratiocinatio ist wiederum jede Interpretation ausgeschlossen, weil das fehlende Wort nicht als Wort zum Ausdrucke gelangte und insoweit also ein rechtsverbindliches Element überhaupt nicht existirt. Vermag aber auf solchem Wege die Interpretation der mangelhaften Willenserklärung einen vernünftigen Sinn nicht abzugewinnen, so daß die Mangelhaftigkeit eine unheilbare ist, so bleibt nun insoweit dem Rechtsacte der juristische Effect versagt:

Qu. Muc. *Ὅρων* (D. L, 17, 73. § 3): quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent (vgl. A. 453).

§ 8.

a. Irrelevanz der Simulation oder der nicht ernstlichen Willenserklärung beim Rechtsacte.

Das Princip des rigor, daß das legale Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes ist, ergiebt für das Rechtsgeschäft eine völlig andere Wesenbestimmung, als das entgegenstehende Princip der aequitas. Denn während die Letztere neben der Willensäußerung des Handelnden noch eine gewisse Willensbestimmung desselben erfordert (§ 17), so beruht nach dem rigor das Wesen des Rechtsgeschäftes allein darin, daß die betreffenden legalen Worte von einer willensfähigen Person verlautbart werden, wogegen die bei solcher Kundgebung des Wortes obwaltende Willensbestimmung des Redenden durchaus irrelevant ist. Dies nun macht sich geltend zunächst in dem Falle der Simulation, und sodann in dem Falle, daß überhaupt ohne irgend welche rechtsverbindende Absicht, somit um eines ganz außerhalb des Rechtes fallenden Zweckes willen rechtsgeschäftliche Worte gesprochen werden. Denn beide Male ist das Aussprechen an sich der legalen Worte zureichend, um den damit gesetzlich verknüpften Effect herbeizuführen. Diese Consequenz

offenbart sich zunächst bezüglich des letzteren jener beiden Fälle in folgenden Vorkommnissen:

Der dem Zeitalter August's angehörige Rhetor C. Albucius Silus vertrat in einem iudicium centumvirale als orator die eine Partei; und zwar war dieser Proceß wahrscheinlich eine querela inofficiosi testamenti, in welcher nun Albucius den Testamentserben als Beklagten gegenüber dem Sohne des Erblassers als dem Kläger vertrat. Albucius erhob wider den Kläger die Anschuldigung der Impietät gegen seinen verstorbenen Vater und insbesondere den Vorwurf, dessen pflichtschuldige Bestattung unterlassen zu haben. Um nun diesen Vorwurf mit oratorischem Effecte geltend zu machen, gebrauchte er als rhetorische Figur die Redewendung: „Placet tibi rem iureiurando transigi? Jura! set ego iusiurandum dabo: iura per patris cineres qui inconditi sunt; iura per patris memoriam!“ Alsbald erhob sich der Anwalt des Klägers L. Arruntius, mit dem Ausruf: „Accipimus condicionem; iurabit!“ Vergeblich protestirte Albucius hiergegen mit dem Hinweis, er habe gar nicht den Eid angetragen, sondern lediglich einer rhetorischen Figur sich bedient; die Centumvirn ließen dem Gegner das iusiurandum zu, trotzdem die ganz ungewöhnliche Eidesformel, ebenso wie der Zusammenhang der Rede, in welcher jene ausgesprochen wurde, die Behauptung des Albucius evident machten, der Eidesantrag sei nicht ernsthaft von ihm gemeint gewesen [102]).

---

102) Sen. Contr. VII. praef. 6 fg.: in quodam iudicio centumvirali, quum diceretur iurisiurandi condicio aliquando facta ab adversario, induxit eiusmodi figuram, qua illi omnia crimina regeret: „Placet“ inquid „tibi rem iureiurando transigi? iura! set ego iusiurandum dabo: iura per patris cineres qui inconditi sunt; iura per patris memoriam!“ et executus est locum. Quo perfecto surrexit L. Arruntius ex diverso et ait: „Accipimus condicionem; iurabit!“ Clamabat Albucius: „Non detuli condicionem; schema dixi“. Arruntius instabat. Centumviri rebus iam ultimis properabant; Albucius clamabat: „Ista ratione schemata de rerum natura tolluntur.“ Arruntius aiebat: „Tollantur; poterimus sine illis vivere“. Summa rei haec fuit: centumviri dixerunt dare ipsos secundum adversarium Albucii, si iuraret. Ille iuravit. Albucius non tulit hanc contumeliam, sed iratus calumniam sibi inposuit: numquam amplius in foro dixit. Suet. de Rhet. 6: cum in

Ein analoges Vorkommniß aus der augusteischen Zeit, bei dem allerdings nicht das legale Wort, wohl aber eine entsprechende Handlung als Willenserklärung auftritt, theilt Suet. de Rhet. 1. mit: venalicii, quum Brundusii gregem venalium e navi educerent, formoso et pretioso puero, quod portitores verebantur, bullam et praetextam togam imposuere; facile fallaciam celarunt. Romam venitur; res cognita est; petitur puer, quod domini voluntate fuerit liber, in libertatem. Trotzdem daher hier es zweifellos war, daß die Sclavenhändler nur in der Absicht, den Hafenzoll zu hinterziehen, den Sclaven mit den Attributen der Freiheit bekleidet hatten, wird dieser Act doch als manumissio inter amicos nach Maaßgabe der lex Junia Norbana (s. Thl. II, A. 826) aufgefaßt und aufrecht erhalten.

Sodann in Plaut. Pseud. hat der Hurenhändler Ballio in Erfahrung gebracht, daß ihm Pseudolus, der Sclave des Simo, eine Sclavin abzuschwindeln im Plane habe, die er, Ballio, bereits an einen Anderen verkauft und zu übergeben hat. Später, in der irrigen Annahme, daß dieser Schwindel vollständig vereitelt und so die Gefahr des Verlustes glücklich beseitigt sei, und durch diesen beruhigenden Gedanken in die fröhlichste Stimmung versetzt, fordert nun Ballio in seiner übermüthigen Laune den Simo auf, sich von ihm selbst 20 Minen stipuliren zu lassen für den Fall, daß am selbigen Tage noch Pseudolus sein betrügerisches Beginnen ausführe [103]. Auf diesen Einfall geht Simo ein, und die Stipulation wird nun in der vorgeschlagenen Weise vollzogen [104]. Bald darauf stellt sich jedoch heraus, daß Ballio in der That bereits von Pseudolus

---

lite quadam centumvirali adversario, quem ut impium erga parentes incessebat (sc. Albucius), iusiurandum quasi per figuram sic optulisset: „Jura per patris matrisque cineres, qui inconditi iacent" et alia in hunc modum; accipiente eo condicionem nec iudicibus aspernantibus non sine magna sui invidia negotium afflixit.

103) IV, 6, 8—11: roga me viginti minas, | ille hodie si illa sit potitus muliere | sive eam tuo hodie gnato, ut promisit, dabit. | Roga opsecro hercle: gestio promittere.

104) IV, 6, 14—16: Si. nullum periclumst, quod sciam, stipuarier: | Ut concepisti verba viginti minas | dabin? Ba. Dabuntur.

in jener Weise beschwindelt war, und nun macht Simo sein Forderungsrecht auf die stipulirten 20 Minen geltend [105]), worauf Ballio ihm vorstellig macht, daß doch die ganze Stipulation nur auf einem Scherze beruhe:

IV, 7, 126: aufertur, quod promissi per iocum a me praemium?

Allein da Simo durch diese Vorstellung sich nicht bestimmen läßt, seine Forderung fallen zu lassen, trotzdem er den Einwand als begründet anerkennt [106]), so entschließt sich nun Ballio zu zahlen: ohne processualische Weiterung und ohne die voraufgängige Drohung, im Falle einer Klage derselben die Einwendung der Scherzhaftigkeit des Stipulations-Abschlusses entgegenzustellen:

IV, 7, 132: sequere ergo hac sis me ad forum ut solvam.

Dieser Moment nun weist bei der von Plaut. den Hurenhändlern beigemessenen Neigung, Geldzahlungen sich zu entziehen, darauf hin, daß von jenem Einwande des nur im Scherze geschehenen Geschäftsabschlusses im Processe schlechterdings kein Erfolg zu erwarten war.

Was sodann die Scheingeschäfte betrifft, welche entweder einen anderen geschäftlichen Inhalt haben, als für welchen die Geschäftsform berufen ist, oder einem anderen Zwecke dienen, als welcher in dem mit der Letzteren verknüpften rechtlichen Effecte gegeben ist, so weist bereits das älteste Recht selbst den Verkehr fast unmittelbar auf solche simulirte Geschäfte hin, indem es mit Geschäftsformen für das unentgeltliche Geschäft in hohem Maaße kargte und so nun den Lebensverkehr veranlaßte, solches in das Gewand des entgeltlichen Geschäftes zu kleiden. Hierher gehört vor Allem die mancipatio nummo uno oder sestertio nummo: denn indem die Mancipation die Verlautbarung, wie die Vollziehung einer emtio enthält d. h. eines entgeltlichen Veräußerungsgeschäftes, zugleich aber rücksichtlich der Höhe des pretium emtionis oder rücksichtlich dessen proportionellen Verhältnisses zum Werthe der res emta keinerlei

---

105) IV, 7, 125: mihi — viginti minae (sc. dentur).

106) IV, 7, 127: de inprobis viris auferri praemium et praedam decet.

gesetzlicher Beschränkung unterlag, so stand es nun allerdings den Paciscenten frei, auch um ein unverhältnißmäßig niedriges pretium und somit auch um das kleinste Geld- oder Kupferstück die emtio in der Mancipation zu vollziehen, dafern nur überhaupt solches pretium effectiv war d. h. wirklich geleistet ward; oder mit anderen Worten: die Mancipation erforderte zwar ein effectives Pretium, allein es genügte, wenn dieses nur nominell war, so daß ein reelles Pretium nicht erfordert ward Allein indem die Mancipation juristisch doch nur das entgeltliche Geschäft zum Vollzuge vermittelt, so ist dieselbe wenn auch äußerlich, so doch nicht sachlich conform dem geschäftlichen Inhalte da, wo nur durch ein nominelles Pretium der Moment des Entgeltlichen gewahrt, reell somit ein unentgeltliches Geschäft vollzogen wird, daher ein Act der Simulation darin liegt, daß der nummus unus als Entgelt zwar fungirt, in Wahrheit aber solches gar nicht ist: die Mancipation ist dann eine imaginaria venditio [107]. Als solche imaginaria venditio fungirte aber die mancipatio nummo uno von früher Zeit her in den meisten Fällen der emancipatio [108], adoptio und coëmtio, der fiducia cum amico [109] und familiae emtio, wie der dotis datio, donatio [110] und dergl. Und gleichermaaßen treten auch

107) Acr. in Hor. Sat. II, 5, 109 (s. A. 110). Etwas ganz Anderes ist es, wenn Gai. I, 113. 119. die Mancipation im Allgemeinen, somit auch in dem Falle, wo ein reelles Entgelt gegeben wird, für eine imaginaria venditio erklärt; denn dies beruht auf Voraussetzungen späteren Datums, die in § 53 dargelegt sind. Und endlich noch etwas Anderes ist es, wenn Ulp. fr. XX, 2. beim testamentum per aes et libram jüngerer Figur eine imaginaria mancipatio statuirt: denn dies setzt eine doppelte Potenzirung des Scheingeschäftes: ein imaginäres gerere per aes et libram, welches selbst wieder ein imaginäres emere vendere ist.

108) Caj. epit. I, 6, 8. Theoph. Par. I, 12, 6, wo τὸν ἕνα νοῦμμον nicht etwa das raudusculum, als vielmehr den nummus unus bezeichnetr wie auch II, 23, 8 ergiebt.

109) So auch bei fiducia cum creditore, dafern das creditum, wofür die fiducia gewährt wird, bereits vorher begründet worden war, wie in dem span. instrumentum fiduciae in C. J. L. II. no. 5042 lin. 8.

110) Acr. in Hor. Sat. II, 5, 109: uno nummo, qui erat imaginaria venditio pro donatione; Vitruv. I, 4, 12. Hor. Sat. II, 5, 109. Porph. in h. l. und in zahlreichen instrumenta donationis, welche zusammenstellt Huschke, Flav. Syntr. donat. instrum. 39. Leist, Mancipation 169 fg.; instrum. fiduciae in C. J. L. II. no. 5042 lin. 15.

venditiones und locationes nummo uno, welche nicht in Form der Mancipation sich vollziehen, hervor, und bei denen nun das gleiche Verhältniß obwaltet, wie bei der mancipatio nummo uno, insofern ein Entgelt zwar effectiv geleistet wird, aber nur nominell ist. Hierher gehört die emtio venditio nummo uno, welche als Geschäftsform der Restitution des Universalcommisses Seitens des Fiduciar- an den Fideicommissar-Erben fungirt [111]; sodann die venditio, wie locatio nummo uno als Form der Restitution des ususfructus fundi dotis nomine a domino proprietatis datus Seitens des Ehemannes an die Ehefrau [112], wie auch als Form der Veräußerung von ager privatus vectigalisque Seiten des Staates an Privaten [113], nicht minder aber auch die venditio nummo uno als Form der Schenkung von Gütern, welche unter öffentlicher Autorität versteigert werden [114], während andererseits aus dem J. 711 berichtet wird, daß bei der locatio des publicum funus der Consuln Hirtius und Pansa das Leichenbegängniß zu Ehren der Verstorbenen sestertio nummo, somit in reiner Liberalität von dem Entrepreneur übernommen wird [115].

Ein gleichartiges Geschäft ist sodann die Wette mit rein nominellem Wetteinsatz: die sponsio mere praeiudicialis.

Die andere Classe von Scheingeschäften aber sind diejenigen Geschäfte, welche nicht zu dem vom Gesetz ihnen zugewiesenen und mit ihnen verknüpften Zwecke, als vielmehr zu anderem

---

111) Gai. II, 252. Theoph. II, 23, 3. Javol. 3 ex Cass. (D. V, 3, 48).

112) Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. XXIII, 3, 66), wogegen Ulp. 69 ad Ed. (D. XIX, 2, 46) von der reellen loc. cond. spricht.

113) Lex agrar. (Thor.) v. 643 lin. 66; die Darstellung von Rudorff in Zeitschr. f. gesch. R. W. X, 115 fg. Huschke in Richter und Schneider krit. Jahrb. 1841. V, 601 fg. bietet manches Zweifelhafte.

114) Cic. p. Rab. Post. 17, 45. vgl. Quint. XI, 3, 172. Suet. Caes. 50; einen analogen Fall bietet Epit. Liv. LV.

115) Val. Max. V, 2, 10. — Eine weitere Analogie bietet auch die condemnatio in nummus unus bei Val. Max. VIII, 2, 3. Plut. Mar. 38, 5. v. J. 654 s. Voigt, lex Maenia § 11. In gewisser Beziehung gehört hierher auch das Nominalvectigal von 1 As per Jugerum, womit der ager trientabularius belastet war, worüber vgl. Mommsen in Ber. d. sächs. Ges. hist. phil. Cl. II, 98. Rudorff, gromat. Inst. 287 fg. Schwegler, r. Gesch. II, 433. A. 1.

Zwecke verwendet werden, so daß der juristische Effect des Geschäftes lediglich als Mittel dient für diesen anderweiten juristischen Zweck, wie solches der Fall ist bei der adoptio und emancipatio, wie bei der coëmtio fiduciae causa [116]), wo nicht die Uebertragung des ex iure Quir. meum esse, welches den juristischen Effect der Mancipation bildet, der Zweck der dabei vorgenommenen Mancipation ist.

Und wenn nun allerdings im Verlaufe der Rechtsübung die Mehrzahl jener Geschäftsfiguren in Folge ihrer regelmäßigen Anwendung im Verkehre den Character von Scheingeschäften vollständig verloren, vielmehr durch Gewohnheitsrecht die Natur von ächten Geschäftsformen angenommen haben, bei denen fortan nur noch von einer rechtlich sancirten Unebenmäßigkeit zwischen der gegebenen Form und dem Zwecke oder dem ausgesprochenen Inhalte des Geschäftes, nicht aber von einer Simulation der Paciscenten die Rede sein kann, so ist doch, wie bemerkt, der historische Ausgangspunkt hiervon ein anderer und zwar in der Simulation gegeben: bevor jenes Gewohnheitsrecht das solenne Rechtsgeschäft in die reine Geschäftsform verwandelt hatte, waren jene Geschäfte wirkliche Scheingeschäfte, deren juristische Geltung lediglich auf dem obigen Principe des rigor beruhte. Und die Richtigkeit dieser Auffassung bestätigt sich um so mehr dadurch, daß in dem Obigen Vorkommnisse uns entgegentreten, welche niemals in Folge regelmäßiger Wiederholung im Lebensverkehre durch Gewohnheitsrecht die Natur von eigenen Rechtsgeschäftsformen erlangt haben, wie in A. 113—115.

§ 9.

b. Unstatthaftigkeit der Interpretation bei scriptum et voluntas.

Das scriptum et voluntas, scriptum et sententia, verba et sententia, ῥητὸν καὶ διάνοια, ῥητὸν καὶ ὑπεξαίρεσις ist nach Maaßgabe von § 7. Beilage XVII. § I, III, IV derjenige Interpretationsfall, bei welchem eine Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin obwaltet, daß dieselbe nicht conform die Willensbestimmung des Redenden verlautbart, somit also

116) Cic. p. Mur. 12, 27. Gai. I, 114.

der Redende das, was er sagen wollte, falsch ausgedrückt hat. Ist nun nach dem Principe des rigor die Willenserklärung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes, so ergiebt sich hieraus als unmittelbare Consequenz, daß jene Disharmonie von Willens-Erklärung und- Bestimmung juristisch völlig irrelevant ist, vielmehr die Erstere allein und für sich Recht setzt, somit nach Maaßgabe des Denkinhaltes allein, welcher von ihr repräsentirt und durch den allgemein sprachlichen Wortsinn ihres Textes gegeben ist, ohne daß die davon abweichende und darüber hinausliegende Willensbestimmung irgend wie juristisch in Betracht käme, so daß demnach vom Standpunkte des rigor aus das scriptum et voluntas überhaupt einen Interpretationsfall gar nicht ergiebt, vielmehr die Interpretation lediglich auf jene andere Gruppe von Vorkommnissen beschränkt ist, wo die Willenserklärung formell mangelhaft ist.

Diese Sätze werden bei Gelegenheit der rhetorischen Theorie von den Status von Cornificius und Cicero vorgetragen und zugleich durch Gründe gestützt, welche dazu dienen sollen, das Princip des verbum in seiner Anwendung auf das scriptum et voluntas zu begründen und zu rechtfertigen, die aber in Wahrheit lediglich theils auf eine petitio principii, theils auf Utilitätsrücksichten hinauslaufen. Und zwar tritt solche petitio principii hervor in den drei Positionen:

a. Der Richter ist berufen, dem Gesetze zu gehorchen; und dieser Begriff des Gehorchens bedingt, daß Jener das verbum im Gegensatz zur voluntas hinsichtlich derjenigen Disposition befolge, welche seiner Entscheidung sich zu Grunde legt:

Cic. de Inv. II, 43, 127: iudicem legi parere, non interpretari legem oportere; vgl. I, 39, 70. II, 45, 131. 132. 133.

Cic. de Inv. II, 43, 125: nihil eos, qui iudicent, nisi id, quod scriptum sit, spectare oportere, et hoc eo magis, si legitimum scriptum proferetur, id est aut lex ipsa aut aliquid ex lege; vgl. I, 39, 70.

Auf diese Position stützt sich

Cic. p. Cluent 52, 146 (worüber s. § 51): esse indignius in ea civitate, quae legibus contineatur, discedi ab legibus. Hoc enim vinculum est huius dignitatis,

qua fruimur in re publica, hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis. Mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus. Ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege suis partibus, ut nervis et sanguine et membris uti non potest. Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legibus denique idcirco omnes servimus, ut liberi esse possimus; 57, 155: quoniam omnia commoda nostra, iura, libertatem, salutem denique legibus obtinemus, a legibus non recedamus; simul et illud quam sit iniquum cogitemus, populum Romanum aliud nunc agere, vobis rem publicam et fortunas suas commisisse.

b. Das Princip der voluntas greift über in das Hoheitsrecht der Legislative, welches allein den Comitien zusteht:

Cic. de Inv. II, 45, 134: indignum esse de lege aliquid derogari aut legem abrogari aut aliqua ex parte commutari, cum populo cognoscendi et probandi aut improbandi potestas nulla fiat; hoc ipsis iudicibus invidiosissimum futurum; non hunc locum esse neque hoc tempus legum corrigendarum; apud populum hoc et per populum agi convenire; quodsi nunc id agant, velle se (sc. oratorem) scire, qui lator sit, qui sint accepturi; se captiones videre et dissuadere velle; quodsi haec cum summe inutilia, tum multo turpissima sint, legem, cuicuimodi sit, in praesentia conservari ab iudicibus, post, si displiceat, a populo corrigi convenire, vgl. I, 33, 56.

Pseudo-Quint. Decl. 331: si accusatori licet constituere iura et leges ferre; si, quod antea fieri per populum, per senatum licebat, constituitur inter subsellia pro dolore cuiusque vel pro auctoritate, supervacua erunt suffragia, supervacuus tantus ambitus in constituendo iure. Non de eo quaeritur apud hos, an aequum sit: nos venimus in iudicium quaesituri hoc solum, an ego ista lege tenear. „At oportet et iustum est ea, quae similia sunt, simili poena contineri;“ adhibe(s) senatum, adhibe(s) populum:

emendandum sit fortasse ius; hoc interim vivimus, hoc utimur.

Auf diese Position stützt sich

Cic. p. Cluent. 55, 150 (worüber s. § 51): eius modi est (sc. adversarii, qui voluntate nititur, opinio), ut commutatis eis opus sit legibus, non ut his, quae sunt, non pareamus; 57, 155: populum Romanum — — ipsum sine cura esse: non metuere, ne lege ea, quam nunquam ipse iusserit, et quaestione, qua se solutum liberumque esse arbitretur, per paucos iudices adstringatur.

Vgl. zu a. und b. Cic. Part. Or. 38, 135: dicetur — alia causa obtemperandi, alia abrogandi, sowie Thl. I, A. 29.

c. Die juristische Norm ist aus dem scriptum an sich, nicht aber aus der Auffassung, welche ein Dritter in das scriptum hineinträgt, zu entnehmen:

Cic. de Inv. II, 45, 143: leges ex se, non ex eius, qui contra commiserit, utilitate spectari oportere et legibus carius (so, nicht antiquius nach Victorin. in h. l. p. 297, 16 H.) habere nihil oportere; I, 39, 70. Part. Or. 38, 134: non esse ferendum a quoquam potius latoris sensum, quam a lege explicari;

Auct. ad Her. II, 9: si a scripto dicemus, his locis utemur: — — conlatione, — quid iudicem sequi conveniat, utrum id, quod diligenter perscriptum sit, an id, quod acute sit excogitatum.

Dagegen als Utilitätsgründe werden anempfohlen:

1. Das Princip der voluntas widerstrebt der Ueberzeugung des Autors der juristischen Norm von der Geltung des von ihm Verlautbarten:

Cic. de Inv. II, 44, 128: non oportere de eius voluntate nos argumentari, qui, ne id facere possemus, iudicium nobis suae reliquerit voluntatis: multa incommoda consequi, si instituatur, ut ab scripto recedatur: nam — eos, qui aliquid scribant, non existimaturos id, quod scripserint, ratum futurum.

2. Das Princip der voluntas entzieht dem Richter die sichere Unterlage für sein Urtheil:

Cic. de Inv. II, 44, 128: multa incommoda consequi, si instituatur, ut ab scripto recedatur: nam — — eos, qui iudicent, certum, quod sequantur, nihil habituros, si semel ab scripto recedere consueverint; vgl. 45, 132.

3. Das Princip der voluntas entzieht dem bürgerlichen Verkehr die sichere Richtschnur seiner Bewegungen:

Cic. de Inv. II, 45, 132: civibus vivendi rationes perturbatum iri, si semel a legibus recessum sit; — — cives, quid agant, ignoraturos, si ex suo quisque consilio et ex ea ratione, quae in mentem aut in libidinem venerit, non ex communi praescripto civitatis unamquamqne rem administrarit; vgl. auch Cic. p. Cluent. 57, 157.

Vergl. zu 1—3 Cic. Part. Or. 38, 135: de conservandis legibus, de periculo rerum publicarum atque privatarum — — graviter erit vehementerque dicendum; Auct. ad Her. II, 9: ostendetur, quam periculosum sit ab scripto recedere.

Dazu tritt

4. das Argument, dessen sich Qu. Mucius Scaevola in der causa Curiana (Thl. I, § 10) bediente: das Princip der voluntas enthält eine captio (s. A. 392), indem es eine voluntas dem Redenden unterschiebt, die dieser gar nicht hatte: denn der Maaßstab, den dabei der wissenschaftlich Gebildete anlegt, entspricht nicht der Anschauungsweise des schlichten ungebildeten Mannes:

Cic. Brut. 52, 196: quam captiosum esset populo, quod scriptum esset, neglegi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervortere; vgl. Cic. de Inv. II, 45, 134 unter b.

Ein Beispiel einer juristischen Entscheidung nach dem verbum in einem Falle von scriptum et voluntas bietet

Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr.): si ita scriptum sit: „Si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto, ex

reliqua parte uxor mea heres esto. Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto, ex reliqua parte uxor heres esto;" et filius et filia nati essent, — — subtili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum;

denn der Testator wollte hier zwar die Erbfolge ordnen für alle Fälle, wo Kinder ihm geboren werden; er hat aber in Wirklichkeit testirt nur für den Fall, entweder daß ein Sohn oder aber daß eine Tochter, nicht aber für den Fall, daß ebenso ein Sohn, wie eine Tochter ihm geboren werden; tritt daher der letztere Fall ein, so liegt dafür keine Erbeinsetzung vor, daher nun das Testament in Folge solcher Präterition des suus rumpirt wird.

§ 10.

c. Unstatthaftigkeit der Interpretation bei ratiocinatio.

Die ratiocinatio, collectio[117]), syllogismus, status ratiocinativus oder collectivus, *συλλογισμός* ist nach Maaßgabe von § 7, Beil. XVII, § I. III. VII derjenige Interpretationsfall, bei welchem die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin beruht, daß die gebrauchten Worte nicht zureichen, der Rede einen befriedigenden Gedanken unterzulegen, vielmehr eine Lücke der Rede sei es realer, sei es formaler Beschaffenheit vorliegt (Beil. XVII, § VII). Das Princip des verbum auf diesen Fall angewendet, ergiebt nun die Consequenz, daß, weil das fehlende Wort nicht zum Ausdrucke, somit also das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes nicht zur Existenz gelangt ist, die vorhandene Lücke unergänzbar, somit die obwaltende Mangelhaftigkeit der Willensäußerung unheilbar ist, so daß demnach vom Standpunkte des rigor auch die ratiocinatio einen Interpretationsfall gar nicht ergiebt.

Diese Consequenz selbst wird ausgesprochen von

Cic. de Inv. II, 50, 152: non oportere quidquam, nisi quod scriptum sit, considerare,

und sodann durch die beiden Argumente gestützt:

a. das Princip der voluntas bedroht alle Rechtssicherheit, indem allenthalben in den von dem Rechte geregelten That-

117) Collectio bei Scaev. 8 Quaest. (D. XXIX, 7, 14. pr).

bestünden ebenso Aehnlichkeiten, wie Unähnlichkeiten sich vorfinden und so ebensowohl eine schrankenlose Möglichkeit geboten ist, similitudines d. i. Rechtsanalogieen (s. Beil. XVII, § VII) aufzufinden, wie auch andrerseits Unähnlichkeiten nachzuweisen:

Cic. de Inv. II, 50, 152: periclitari omnia iura, si similitudines accipiantur: nihil esse paene, quod non alteri simile esse videatur; multas de similibus rebus, in unamquamque rem tantum singulas esse leges; omnia posse inter se vel similia vel dissimilia demonstrari;

b. das Princip der voluntas operirt bei seiner Anwendung mit reinen Muthmaaßungen und stützt sich überdem auf die irrige Voraussetzung einer vorhandenen Lücke, da doch Jeder in Wirklichkeit das, was er ausspricht, überhaupt sagen will:

Cic. de Inv. II, 50, 153; coniecturam divinationem esse et stulti scriptoris esse non posse omnibus de rebus cavere, quibus velit.

In juristischen Entscheidungen tritt dieses Princip hervor bei

Cels. 38 Dig. (D. XLV, 1, 99. pr.): quidquid adstringendae obligationis (s. Beil. VII. A. 15) est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est;

Pegasus bei Val. 1 Fideicomm. (D. XXXII, 1, 12): „Stichus liber esto; et ut eum heres artificium doceat, unde se tueri possit, peto". Inutile fideicommissum esse ait, quia genus artificii adiectum non esset; wozu vgl. Valens l. c. in § 22 a. E.

Eine qualificirte Geltung aber erlangt dieses Princip da, wo die Auslassung des Wortes oder Satzes zum vitiösen Defecte der solennen Form sich gestaltet und wo somit der Thatbestand in die Sphäre der Rechtsordnung von § 2 übertritt; und so zwar bei:

Sabin. bei Pap. 18 Quaest. (D. XXXV, 1, 72. § 8), wo der Testator die Legat-Aussetzung: „Heres meus C dare Titio damnas esto" vergessen, wohl aber ein anderes Legat ausgesetzt hat in den Worten: „Ex C, quae Titio legavi, L heres Seio dato" und wo nun dem Titius kein Anspruch auf das Legat von 100 zusteht;

Marcell. und Jul. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 5, 7): Si ita: „Lucius“ solummodo (sc. scribat, omissis verbis: „Heres esto“), Marcellus non insubtibiliter non putat hodie hoc procedere.
Julianus: „Illum heredem esse“ non putavit valere, quoniam deest aliquid (sc. verbum: „Jubeo“); vgl. § 2 unter g.

Ulp. 7 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 19), wo der Testator die heredis institutio: „Seius heres esto“ vergessen und nur die substitutio: „si mihi Seius heres non erit, Sempronius heres esto“ niedergeschrieben hat, und wo nun in Folge dessen Seius nicht Erbe wird, vielmehr dessen „pars nulla“ ist nach Aristo, Javol., Pomp., Arrian. und Ulp.

§ 11.

d. Die Interpretation ex verbo bei definitio.

Die definitio, finitio, finis, proprietas, constitutio oder status definitivus oder finitivus, ὅρος, ἰδιότης u. dergl. ist nach § 7. Beil. XVII § I. III. V derjenige Interpretationsfall, bei welchem die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin beruht, daß das gebrauchte Wort undeutlich d. h. der dadurch repräsentirte Begriff hinsichtlich der in seinem Inhalte oder Umfange enthaltenen Einzelheiten nicht absolut bestimmt und in Folge dessen nun im betreffenden Vorkommnisse Zweifeln unterworfen ist. Das Princip des verbum ergiebt nun für diesen Fall die Aufgabe, die Unbestimmtheit des begrifflichen Inhaltes oder Umfanges vom gebrauchten Worte mittelst etymologischer oder grammatischer oder lexikalischer Gesetze zu beseitigen, somit durch ein Operiren auf Grundlage der „verborum significatio“[118]) d. i. des durch die Nationalanschauung gegebenen Wortsinnes die in concreto maaßgebende Bedeutung des gebrauchten Wortes zu bestimmen, gleichgültig im Uebrigen, welchen Sinn der Redende mit dem Worte in Wirklichkeit verbunden hat.

118) Significatio verborum: Ped. bei Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIII, 7, 18. §. 3), Procul. 5 Epist. (D. XXXI, 1, 46.) Jul. 1 ad. Urs. (D. XXX, 1, 104. pr.) Marcell. Resp. (D. XXXII, 1, 69. pr.) Justinian. in Cod. VI, 27, 23 pr. Agen. Urb. de Contr. 59, 8. Vgl. A. 414.

Auf diesem Standpunkte steht Cicero in seiner Theorie der Rhetorik, indem derselbe für die definitio vorschreibt:

Cic. de Inv. II, 17, 53. 54: accusatoris locus est eius nominis, cuius de vi quaeritur, brevis et aperta et ex opinione hominum definitio; — — post erit infirmanda adversariorum descriptio. Ea autem infirmabitur, si falsa demonstrabitur; hoc ex opinione hominum sumetur, cum quemadmodum et quibus in rebus homines in consuetudine scribendi aut sermocinandi eo verbo uti soleant, considerabitur[119]; Part. Or. 36, 123: communis verbi vis; § 124: consuetudo mensque sermonis; § 126: consuetudo sermonis verbique vis. — — Cum uterque definierit, quam maxime potuerit ad communem sensum vimque verbi — suam definitionem sententiamque confirmet.

Ein durchaus significantes Beispiel einer Definition nach Maaßgabe des verbum bietet die Rechtswissenschaft der Republik, indem diese in dem XII Tafelgesetze: cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto das Wort adgnatus dahin interpretirte, daß darunter nur agnati, nicht auch agnatae inbegriffen seien[120], womit übereinstimmende Definitionen gegeben sind von Serv. bei Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 122) und Labeo bei Javol. 7 Epist. (D. L, 16, 116)[121]; nicht minder bieten Interpretationen vom Standpunkte des verbum: Qu. Muc. bei Pomp. 9 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 34. § 1) und Serv. bei Javol. 2 Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40, § 3), worüber s. § 23; ferner Ulp. 6 Reg. (D. XXVIII, 2, 2), worüber s. § 28 unter e; desgleichen Cic. bezüglich der Begriffe vis, wie sacrosanctum (Beil. XVII § V); sodann noch

119) Vgl. dazu Victorin. in h. l. 273 H.: falsa demonstrabitur (sc. adversarii definitio) ex opinione hominum, si docemus de eo, unde quaeritur, quemadmodum aestimet populus, quemadmodum in consuetudine locutionis utatur eo verbo, quod definimus.

120) Ulp. fr. XXVI, 1. u. in Collat. XVI, 4, 1. Paul. Sent. rec. IV, 8, 22. Justin. in Cod. VI, 58, 14. pr. vgl. Gai. III, 23. Ulp. fr. XXVI, 6. sowie unten § 49.

121) S. § 23. Entgegenstehende Definitionen s. bei A. 168. Vgl. auch A. 128, sowie Serv. bei Jul. de Ambig. (D. XXXII, 1, 62).

Qu. Mucius und Ael. Gallus bei Labeo 2 Poster. a Javol. epit. (D. XXXII, 2, 29. § 1): quum ita legatum esset, ut Titia uxor mea tantandem partem habeat, quantulam unus heres, si non aequales partes essent heredum, Qu. Mucius et Gallus putabant maximam partem legatam esse, quia in maiore minor quoque inesset, wozu vgl. A. 182;

endlich auch bei Jul. 86 Dig. (D. IX, 2, 51. § 2): quum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse,

welche subtilis definitio wohl der ausgehenden ersten Periode angehörte.

§ 12.

e. Die Interpretation ex verbo bei ambiguitas und f. bei contrariae leges.

Die ambiguitas, *ἀμφιβολία*, das ambiguum im engeren Sinne[122]) ist nach § 7. Beilage XVII. § I. III. VI derjenige Interpretationsfall, bei welchem die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin beruht, daß das gebrauchte Wort mehrdeutig ist, sei es, daß es an für sich mehr als Einen Begriff vertritt oder mehr als Eine syntactische Verbindung zuläßt, welche je einen anderen Sinn ergiebt. Das Princip des verbum stellt hier der Interpretation die analoge Aufgabe, wie bei der definitio: auch hier handelt es sich darum, was der Redende wirklich gesagt hat, nicht aber was er etwa sagen wollte:

---

122) So Procul. 5 Epist. (D. L, 16, 125), Cels. 22 Dig. (D. XXXIV, 5, 26), 88 Dig. (D. I, 3, 19), Jul. 50 Dig. (D. XXXIV, 5, 12), Marcell. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24), Ulp. 38 ad Ed. (D. XLVI, 3, 29), 74 ad Ed. (D. XLV, 1, 80), 2 Disp. (D. V, 1, 66), 4 Fideic. (D. XXXVI, 1, 16. pr.), Paul. 5 ad Plaut. (D. L, 17, 172), 6 Quaest. (D. L, 17, 85. pr.), 14 Quaest. (D. XXXIV, 5, 3), Maecian. 12 Fideic. (D. L, 17, 96), und bei Ulp. 4 Fideic. (D. XXXVI, 1, 16. pr.). Wegen ambiguum im weiteren Sinne s. Beil. XVII. § III.

verbo — ambigue posito — non id, quod intelligitur, sed id, quod dicitur, valebit oder verba ipsa sequi volumus (Cic. p. Caec. 28, 61. 13, 37),

daher nun die Interpretation zu entscheiden hat, welche der mehreren Wortbedeutungen nach Maaßgabe des Tenor der Rede Platz greift, demgemäß sie nun mit sprachlichen Gesetzen allein zu operiren hat.

Ein sehr anschauliches Beispiel bietet der Proceß des A. Caecina wider den Sex. Aebutius in der in Thl. I § 11 dargestellten Partie; denn hierbei kommt eine ambiguitas in Frage zunächst bezüglich des Wortes deiicere, in welchem bei Cic. p. Caec. drei verschiedene Bedeutungen unterschieden werden:

a. Herauswerfen aus einem Raume: exire loco cogere (12, 34. 13, 36) oder ingressum expellere (14, 39)[123];

b. Herabstoßen von einem höheren Punkte: praecipitare ex loco superiore; in inferiorem locum de superiore movere (17, 50);

c. Widerstand leisten und insbesondere Jemandem den Eintritt in einen Raum verwehren: obsistere (11, 31. 12, 35), reiicere (13, 38. 31, 84), detrudere (17, 49), prohibere oder non sinere introire oder accedere (31, 89. 23, 64. 66), vi loco prohibere (12, 35. 13, 36. 37), demovere et depellere loco (17, 49) ingredientem repellere (14, 39), ingredienti occurrere (23, 64)[124].

Und sodann wird eine ambiguitas geltend gemacht, bezüglich des Wortes unde in seiner Verbindung mit deiicere, indem dasselbe den zwiefachen Sinn vertritt:

a. locus, ex quo deiicitur, somit der Raum, auf welchem Jemand sich befindet (29, 82. 84. 30, 86—88. 31, 89), und

b. locus, a quo deiicitur, somit der Raum, neben welchem Jemand sich befindet (30. 31, 89).

Und in jenem Processe stützt sich nun auf das Princip des verbum die Interpretation, welche eine maaßgebende Bedeutung dem Begriffe der Herauswerfens, wie des Herabstoßens in dem Worte deiicere beimißt, wie diejenige, welche mit der zwiefachen

123) Insbesondere 14, 39: pedem cum intulero atque in possessione vestigium fecero, tum expellar.

124) Insbesondere 14, 39: vi et armis mihi ante occurratur, ne non modo intrare, verum adspicere aut adspirare possim.

Bedeutung des unde operirt, worüber vgl. Thl. I, 52 unter A. S. 56 fg. unter 1 u. 2, Beil. XVII. A. 50. Dagegen die Theorie der Rhetorik gedenket des Princips des verbum bei der ambiguitas nicht besonders.

Eine juristische Entscheidung einer ambiguitas nach Maaßgabe des verbum bietet Labeo bei Pomp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 29), sowie 2 Post. a Jav. epit. (D. XXXII, 1, 29. § 4) s. § 24.

Endlich den letzten Interpretationsfall ergeben die contrariae leges, scripta contraria, antinomia[125]), ἀντινομία in § 7. Beil. XVII. § I. III. VIII, bei welchem die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin beruht, daß zwischen zwei oder mehreren Worten sei es des nämlichen oder verschiedener Rechtsacte der nämlichen Persönlichkeit ein zweifelhaftes Verhältniß des Widerspruches obwaltet. Indem daher die Aufgabe der Interpretation hier dahin geht, die Beschaffenheit des Widerspruches zu bestimmen und je nachdem das Nebeneinanderbestehen der beiden Satzungen oder aber die Prävalenz der einen vor der anderen oder auch die Aufhebung der einen durch die andere darzulegen, somit aber dort den Widerspruch als nur scheinbaren zu lösen, hier als wirklich zu begründen (vgl. Beil. XVII. A. 66), so gewinnt nun diese Aufgabe nach dem Princip des verbum noch die besondere Richtung, das Wort an sich in seinen durch die Nationalanschauung ihm beigelegten Denkgehalte als den letzten Träger des Widerspruchs aufzufassen, und so nun nach rein objectiven d. h. aus der betreffenden Rechtssatzung an sich zu entnehmenden Gründen jene Lösung des Widerspruches zu vermitteln.

Ein Beispiel solcher contrariae leges bietet der Proceß des Balbus nach Cic. p. Balb. 8 fg., wogegen die Rhetorik diesen Interpretationsfall in einer für das Princip des verbum wenig ausgiebigen Weise behandelt. Insbesondere wenn Cic. Part. Or. 39, 138 darüber sagt: est efficiendum (sc. ab oratore), ut alterius scripti sententiam, alterius verba defendamus, sonach als Mittel zur Lösung der Antinomie vorschreibt, dieselbe als scriptum et voluntas in der Weise zu behandeln, daß dabei die eine widersprechende Satzung nach dem Princip

125) Justinian. in Cod. I, 17, 1. § 8: antinomia, sic enim a vetustate graeco vocabulo nuncupatur.

des verbum, die andere nach dem Principe der voluntas aufgefaßt werde, so steht dies in Beziehung zu der in Beil. XVII A. 65 nachgewiesenen unklaren Anschauung, daß die antinomia überhaupt nur ein verdoppeltes scriptum et voluntas sei.

Sodann bieten anderweite Beispiele

Jul. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 3. § 2): si ita — exheredaverit: „Quisquis mihi heres erit filius, exheres esto", — exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit (i. e. dixit) eum summotum, quod est impossibile; Pomp 7 ad Qu. Muc. (D. XXVIII, 5, 68), Scaev. bei Paul. 1 ad Vit. (D. XXVIII, 2, 19),

wo allenthalben nach Maaßgabe der an sich zweifellosen Willensbestimmung des Testator der Widerspruch ein nur scheinbarer ist, nach Maaßgabe der Worte an sich aber, somit nach dem Principe des rigor der Widerspruch unlösbar ist (vgl. § 28 unter e).

§ 13.

g. Irrelevanz des die Willenserklärung beeinflussenden error, dolus und vis.

Die in § 9—12 behandelte, wie die aus § 2 sich ergebende Mangelhaftigkeit des Willenserklärung kann ihren Grund haben ebensowohl in einem singulären Sprachgebrauche des Redenden, oder in irgend welcher äußeren Veranlassung, als auch in einem Irrthum des Redenden oder in der Einwirkung eines Dritten mittelst dessen dolus oder vis. Die letzteren Fälle gewinnen nun vom Standpunkte der aequitas eine besondere juristische Nuancirung; dagegen nach dem Principe des verbum unterfallen dieselben unterschiedslos jenen Gesetzen, die in § 2. 5 fg. dargelegt sind d. h. das Wort ist und bleibt das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes, auch wenn es durch error, dolus oder vis beeinflußt ist, oder: error, dolus oder vis in ihrem Einflusse auf die Willenserklärung sind juristisch irrelevant.

Was zuvörderst aber den error bei der Willenserklärung betrifft, so erhellt dessen juristische Irrelevanz daraus, daß zunächst bei der Willenserklärung, welche formal mangelhaft ist, die nachtheiligen Wirkungen solcher Mangelhaftigkeit nicht auf Grund dessen beseitigt werden, daß solche Abweichung auf einem

Irrthume des Sprechenden beruhte, so namentlich im Falle der Abweichung von der legalen Formel des Rechtsactes: Plin. H. N. XXVIII, 2, 11. Cic. de har. resp. 11, 23. Arnob. adv. Gent. IV, 31. Gai. IV, 30. Quint. VII, 3, 17. (s. § 2. bei A. 16. und unter a. d. e.)[126]) oder insbesondere im Falle der Auslassung von wesentlichen Bestandtheilen einer solennen Formel: Sabin. bei Pap. 18 Quaest. (D. XXXV, 1, 72. § 8), Marcell. und Jul. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 5. 7), Ulp. 7 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 19) s. § 10. a. E.; sodann andrerseits daraus, daß die Willenserklärung, welche formal correct ist, den vollen juristischen Effect nicht einbüßt dadurch, daß sie durch einen Irrthum des Sprechenden beeinflußt ist:

Modestin bei Heurem. (D. XXXIII, 2, 19): si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: „Titio fundum detracto usufructu lego,“ vel: „Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato.“ Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit (s. A. 640).

Einen einschlagenden Rechtsfall bietet der von Cicero referirte Proceß des Fufius wider den Buculeius, worüber vgl. A. 463. 464.

Diese Sätze reflectiren aber auch in dem Axiome, daß man sich gegen einen etwaigen Irrthum in der Willenserklärung und gegen dessen Consequenzen durch eine bezügliche Wort-Conception besonders zu schützen habe, und auf solche Weise daher auch nach dem rigor der error zur Relevanz erhoben werden könne, analog der in § 5 a. E. dargelegten Ordnung. Und dieser Satz nun tritt zu Tage in folgenden, ihm entsprechenden Vorkommnissen:

1. Bei Anrufung einer unbekannten Gottheit war als

---

126) Vgl. auch Quint. Decl. 260: si intolerabile (est) formula errare et in petitione pecuniae non uti iure concesso.

Cautel gegen die Folgen einer irrthümlichen Geschlechtsbezeichnung derselben die Formel gebräuchlich: sive Deus sive Dea es oder ähnlich[127], wie dies im Allgemeinen bezeugt:

Arnob. adv. Gent. III, 8: consuestis in praecibus: „Sive tu deus es sive dea“ dicere, quae dubitationis exceptio etc.

Solche Formel tritt nun im Besonderen auf

a. in der lex evocandi Dei, durch welche der Schutzgeist einer feindlichen Stadt nach Rom herübergelockt wird:

Macr. Sat. III, 9, 7: „si deus, si dea es, cui populus civitasque Carthaginiensis est in tutela“;

b. in der auf einem heiligen Schilde befindlichen Weihe-Inschrift an den Schutzgott Roms, dessen Name zur Vermeidung feindlicher Evocation Amtsgeheimniß der pontifices war (A. 18):

Serv. in Aen. II, 351: in Capitolio fuit clypeus consecratus, cui scriptum erat: „Genio urbis Romae sive mas, sive femina“[128]); vgl. Plut. Quaest. Rom. 61;

c. in der Formel des Sühnopfers, welches in gewissen Fällen nach einem Erdbeben dem unbekannten Gotte dargebracht wurde, welcher dasselbe bewirkt hatte[129]):

Gell. N. A. II, 28, 2 fg.: veteres Romani — — in constituendis religionibus atque in dis immortalibus animadvertendis castissimi cautissimique, ubi terram movisse senserant nuntiatumve erat, ferias eius rei causa edicto imperabant, sed dei nomen ita uti solet, cui servari ferias oporteret, statuere et edicere quiescebant, ne alium pro alio nominando falsa

---

127) Nicht hierher gehört Laevin. bei Maccob. III, 8, 2: Venerem igitur almum adorans sive femina sive mas est, wo es sich nicht um subjective Ungewißheit über das objectiv bestimmte Geschlecht, sondern um einen Zwitter-Gott hellenistischer Glaubensvorstellung handelt. — Bei Fest. v. tesca p. 356 beruht das sive deo, sive deae auf Conjectur. — Vgl. Brisson. de Form. I, 89. Marini, Atti de' fratelli Arvali II, 370 fg.

128) Parallell ist die Aufschrift auf der ara zu Tivoli bei Marini a. O.: Sei deus, sei dea, wie auf der ara zu Rom in C. J. L. I. no. 632: sei deo, sei deivae.

129) Vgl. Preller, r. Myth. 55 fg.

religione populum alligarent. Eas ferias si quis polluisset piaculoque ob hanc rem opus esset, hostiam „Si deo, si deae“ immolabant idque ita ex decreto pontificum observatum esse M. Varro dicit, quoniam et qua vi et per quem deorum dearumve terra tremeret incertum esset;

d. in der Formel des Sühnopfers bei Lichtung eines heiligen Haines, dessen Schutzgott unbekannt ist:

Cat. RR. 139: „Si deus, si dea es, quoium illud sacrum est“;

e. in dem Gebete bei

Liv. VII, 26, 4: si divus, si diva esset, qui sibi praepetum misisset, volens propitius adesset;

f. in der Formel des Sühnopfers der fratres Arvales:

tab. fr. Arv. XXXII[a], 24 fg. Mar.: immolavit — — Junoni Deae Diae oves II, sive deo sive deae oves II, — — Matri Larum oves duas, sive deo sive deae, in cuius tutela hic lucus locusve est, oves II, und ebenso tab. XXXII[b], 10. 12, sowie ähnlich tab. XLI[a], 2. XLIII, 8.

2. Bei Anrufung einer Gottheit oder sonstiger Persönlichkeit, über deren Namen oder resp. Indigitations-Bezeichnung nicht volle Sicherheit obwaltete, ward als Cautel gegen die Folgen des Irrthums (A. 18) die Clausel gebraucht: sive quo alio nomine appellaris oder ähnlich; so

a. in der lex der Devovirung feindlicher Städte bei

Macr. Sat. III, 9, 10: „Dis Pater, Veiovis, Manes sive quo alio nomine fas est nominare;

b. in dem pontificischen Gebete bei

Serv. in Aen. II, 351: „Juppiter Optime Maxime sive quo alio nomine te appellari volueris“; vgl. IV, 577;

c. in der schriftlichen Verfluchung einer Person mittelst eines dem Todten in das Grab gelegten Täfelchens in

C. J. L. I. no. 820: nomen delatum | Naviae L. l. | Secundae seive | ea alio nomine | est;

sowie auf dem gleichartigen Täfelchen, welches in die Mineralquellen bei Poggio Bagnoli geworfen worden war, im Hermes 1869. IV, 283:

Q. Latinium | Lupum —|— — | — aput vostrum | numen de|mando, devo|veo, desacri|ficio, uti vos, A'quae ferventes | si[ve] v[o]s Nimfas | [si]ve quo alio no|mine voltis ad-pe|[l]lari.

3. Eine minder solenne Formel bei gleicher Veranlassung ist: quisquis es oder est, so bei Plaut. Rud. I, 4, 37. Verg. Aen. IV, 577. IX, 22. Ov. Fast. VI, 731. vgl. Plin. H. N. II, 7, 14.

4. Bei mancipatio oder fiduciae datio eines Grundstückes waren ebenso die Flur, in welcher solches lag, als auch die adfines, die Eigenthümer der Nachbargrundstücke anzugeben.[180]) Zur Salvirung wegen irriger Angaben bezüglich der Letzteren fügte nun der mancipio dans nach Nennung der adfines die Clausel bei: et si quos dicere oportet, so

Instrument. fiduciae in C. J. L. II no. 5042: adfines [f]undo dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet;

Instrumentum donationis Statiae Irenes bei Gruter, Inscr. p. 1081: monumentum, quod est — — iuxta monumentum Claudii quondam Proculi et si qui alii affines sunt, und ebenso in den instrumenta venditionis bei Spangenberg, Jur. Rom. tab. negot. p. 237. 275. 283.

5. Bei der Mancipation eines Sclaven wurde zu dessen Individualbezeichnung dessen Namen angegeben. Zur Sicherstellung wegen etwaigen Irrthumes fügte nun der mancipio dans eine entsprechende Clausel ein, so nach dem Kaufinstrumente auf der siebenbürgischen Wachstafel bei Detleffen in Sitzungsber. der phil. hist. Cl. der Wiener Akad. d. Wiss. 1857. XXIII, 604: emit mancipioque accepit puerum Apalaustum sive is quo alio nomine est, und ebenso das. S. 606.

Und der durchaus parallelen Clausel begegnen wir auch in Bezug auf den dolus: auch dieser kann durch eine besondere Clausel von dem Rechtsact ausgeschlossen und so zur Relevanz erhoben werden. Und zwar bekunden als solche Clauseln die

180) Voigt, drei epigraphische Constitutionen 180. Brisson, de Form. VI 34. de Verb. Sign. v. adfines.

Quellen theils: huic monumento oder a collegio nostro dolus oder dolus malus abesto (A. 672), theils aber die doli mali clausula bei der Stipulation mit ihren mannichfachen Conceptionen auf: fide mea in der fidepromissio, si quid dolo in ea re factum sit; dolum malum huic rei [promissionique] abesse afuturumque esse; ab hac re [promissioneque] dolus malus aberit, abfuerit; cui rei si dolus malus non abest, non abfuerit und dergl. (Beil. XIX. § III). Im Uebrigen bietet ein gutes Beispiel der Verbindlichkeit einer durch dolus abgelockten Willenserklärung Plaut. Poen., wo folgendes Verfahren gegen den leno Lycus verabredet und ausgeführt wird: Collybiscus, der dem Lycus unbekannte villicus des Agorastocles erhält vom Letzteren 300 Philipper ausgehändigt, begiebt sich damit zum Lycus und, unter dem Vorgeben, er sei ein Fremder und wolle im Hause des Lycus heimlich und ohne Zeugen der Liebe pflegen und sonst sich gütlich thun, nimmt er bei demselben Quartier, diesem die 300 Philipper als Vorausbezahlung der 'erwachsenden Rechnung übergebend: I, 1, 41—50. 3, 6 fg. III, 1, 55. 56. 3, 43 fg. Lycus aber nimmt den Collybiscus auf und das Geld in Empfang, Jenen, wie dieses verbergend, I, 1, 51. 52. III, 4, 1—10. Hierauf nun, von Agorastocles befragt, ob dessen Sclave bei ihm sich befinde, leugnet er dies, da er lediglich den Milphio, nicht aber den Collybiscus als Sclave von Jenem kennt und consumirt nun so durch jenes celare und dieses negare den Thatbestand des furtum, so daß damit dem Agorastocles die a. furti nec manifesti auf duplum wider den Lycus erwächst: I, 1, 53 fg. III, 1, 58—61. 4, 23—27. 5, 16—41. V, 6, 14. Hier daher ist Lycus dolos zu einer irrigen Antwort vom Agorastocles verleitet worden: III, 1, 46: ei (sc. Lyco) paratae ut sint insidiae de auro et de servo meo; III, 4, 23 fg.: leno errabit — — qui centum nummis minus dicetur; III, 5, 43: consulto hoc factum est, mihi ut insidiae fierent; es unterliegt ferner keinem Zweifel, daß sein Leugnen auf einem Irrthume beruht: I, 1, 53 fg. (wo Milphio zum Agorastocles sagt: rogato, servus veneritne ad eum tuus; ille me censebit quaeri, continuo tibi negabit) III, 1, 58—60. 4, 23—26. 5, 16—33; dennoch aber ist dieser ebenso entschuldbare, wie offene

Irrthum irrelevant: das Leugnen an sich des Innehabens vom Sclaven nebst dem Gelde ist entscheidend, den Lycus des furtum schuldig zu machen: III, 5, 34 fg. V, 6, 14 fg.

Was endlich den Einfluß der vis auf die ausdrückliche Willenserklärung betrifft, so fällt dieselbe, abgesehen davon, wo Jemandem durch mechanische Führung der Hand eine schriftliche Willenserklärung abgenöthigt wird, unter den Gesichtspunkt der Beeinflussung der Willensbestimmung in § 14, da auf die Zunge allein des Redenden ein Zwang sich nicht ausüben läßt, somit aber bei der mündlichen Willenserklärung der Zwang immer die Willensbestimmung zugleich in Mitleidenheit zieht.

§ 14.

h. Irrelevanz des die Willensbestimmung beeinflussenden error, dolus und vis.

Der Einfluß, welchen error, dolus oder vis auf die Willensbestimmung ausüben, ist von dem Standpunkte aus des hier betrachteten Princips des verbum etwas ganz außerhalb des juristischen Horizontes Liegendes: denn da die Willensbestimmung selbst dann, wenn sie mit der Willensäußerung nicht harmonirt, nicht zu selbsteigener Geltung gelangt, so kann noch weit weniger eine juristische Beachtung der Fall finden, wo die Willensbestimmung mit der Willensäußerung wirklich harmonirt und lediglich ihre Wahrhaftigkeit oder Freiheit sich in Frage stellt (§ 1). Und dieser Satz prägt sich nun aus in der Parömie: plus in re est quam in existimatione d. h. der Thatbestand, wie er in dem Rechtsacte sich ausprägt, gilt mehr, als die Voraussetzung, die der Handelnde dabei hegt:

Jul. 42 Dig. (D. XL, 2, 4. § 1), Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 15): plus in re est, quam in existimatione; Paul. de Jur. et fact. ign. (D. XXII, 6, 9. § 4): plus in re est, quam in existimatione mentis[131]);

wie in den gleichbedeutenden Sentenzen:

---

131) Vgl. Cic. p. Cluent. 20, 56: Oppianico re et existimatione iam, lege et pronuntiatione nondum condemnato; Liv. IV, 20, 8: si ea in re sit error, — existimatio communis omnibus est.

Rei substantia[132]) plus pollet existimatione falsa: Pap. 12 Resp. (fr. Vat. 260);

Plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione: Inst. II, 20, 11.

Als Consequenzen dieses Satzes ergeben sich, zunächst daß der normale Effect der fehlerfreien Willensäußerung durch den error, welcher die derselben zu Grunde liegende Willensbestimmung beeinflußte, nicht aufgehoben wird, wie dies noch bekundet wird durch das Excerpt in

J. Just. IV, 13, 1: si metu coactus aut dolo inductus aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras, palam est iure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur „Dare te oportere" efficax est, wozu vgl. Theoph. in h. l.;

sodann, daß der normale Effect der fehlerhaften Willenserklärung nicht dadurch abgewendet wird, daß der Fehler der Aeußerung durch einen error der ihr zu Grunde liegenden Willensbestimmung herbeigeführt worden ist, wie denn z. B. von Alters bei Verlust von Rechtsmitteln durch plus petitio der error das causa cadere nicht abwendet[133]); sowie endlich darin, daß, dafern die Vornahme eines Actes an eine peremtorische Frist gebunden ist, so daß nach Ablauf der Frist der Act nicht mehr gültig vorgenommen werden kann, der die Verzögerung der Handlung bewirkende Irrthum und insbesondere die Unkenntniß über den beginnenden Lauf der Frist den verspäteten Act nicht rechtsbeständig macht. Und dieser Rechtssatz hat nun zu dem entsprechenden Auswege, wie in § 13 geführt, der Unkenntniß nämlich von der laufenden Frist durch eine besondere, bezügliche Wort-Conception bei Setzung selbst solcher Frist eine juristische Relevanz zu verschaffen, und so zwar zunächst bei der Formel der cretionis datio nach

132) Vgl. Pap. 13 Resp. (D. XLIV, 3, 10. § 1): quadriennii tempus non ex opinione hominum, sed ex substantia vacantium bonorum dinumeratur; Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 2): Sabinus potius substantiam intuetur quam opinionem.

133) Erst die zweite Periode gab hier und zwar nur für gewisse Fälle eine Hülfe in der Weise, daß sie das verlorene Rechtsmittel in integrum restituirt.

Gai. II, 165: „cernitoque in diebus proxumis, quibus scies poterisque“; sowie wahrscheinlich gleichlautend in dem prätor. Edicte über die Frist zur Agnition der Bon. Poss. nach Maaßgabe von Ulp. 49 ad Ed. (D. XXXVIII, 15, 2. pr.): utile tempus est bonorum possessionum admittendarum; ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere; ceterum quacunque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat; vgl. das. § 5 und Paul. 2 ad Sab. (D. XXXVII, 1, 10).

Eine Entscheidung aber, die noch ganz auf die Gesichtspunkte des rigor sich stützt, bietet z. B.

Jul. 42 Dig. (D. XL, 2, 4. § 1): quoties dominus servum manumittat, quamvis existimet alienum esse eum, nihilominus verum est voluntate domini servum manumissum et ideo liber erit,

somit: weil die lex Junia Norbana bestimmt: qui voluntate domini in libertate fuerit, perinde liber erit, atque si esset civis Romanus ingenuus, qui ex urbe Roma in latinam coloniam deductus Latinus coloniarius esse coepit (Thl. II A. 826 fg.), im obigen Falle aber der Betreffende in der That voluntate domini manumissus ist, so ist er auch Latinus Junianus, gleichgültig, ob der Manumissor dabei in einem Irrthume über die Eigenthumszubehörigkeit des Sclaven sich befand oder nicht.

Endlich die Irrelevanz von dolus und vis in ihrem Einflusse auf die Willensbestimmung ergiebt sich für die frühere Zeit daraus, daß die Schutzmittel gegen beide erst zu Ausgang der Republik überhaupt geschaffen werden. Im Princip an sich aber ist jener Satz noch ausgesprochen in dem Excerpte in Inst. II, 13, 1. cit., wie von

Diocl. et Max. in C. Inst. VIII, 39, 5: dolo vel metu adhibito actio quidem nascitur, si subdita stipulatio sit;

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 36): si quis quum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate iuris obstrictus;

Paul. II ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 5): si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui.

Zweites Kapitel.

Die aequitas und deren einzelne Positionen.

A. Die unformale Willensäußerung als die Form der juristischen Willenserklärung.

§ 15.

1. Die unformale Willensäußerung als die Form der juristischen Willenserklärung im Allgemeinen bei dem Rechtsacte.

Die aequitas tritt dem rigor in zwiefacher Weise entgegen und zwar negativ in dem Satze: die juristische Willenserklärung ist nicht an ein legales Wort gebunden, demgemäß das letztere nicht wesentliches Element des Rechtsactes ist; sowie in dem positiven Satze: als juristische Willenserklärung dient jede Aeußerung, welche sei es unmittelbar, sei es mittelbar eine Willensbestimmung kundzugeben an sich geeignet ist, oder: die Willenserklärung ist nicht ein dictum oder verbum, als vielmehr ein actum oder eine res (§ 1):

Pomp. 29 ad Sab. (D. XII, 1, 3): in contrahendo, quod agitur, pro cauto habendum est,

oder: es genügt als Willenserklärung nuda voluntas oder nudus consensus d. i. die unsolenne Willensäußerung im Gegensatze zu den solennia oder directa verba als der solennen Rede[134]. Indem daher einerseits die Willenserklärung von

---

134) Nuda voluntas in diesem Sinne (vgl. A. 140) findet sich bei Traian. in Ulp. 45 ad Ed. (D. XXIX, 1, 1. pr.), Gai. II, 167. 169. (für hered. aditio im Gegensatze zur cretio), Pomp. 1 Fideic. (D. XXXII, 1, 18), 14. 24. 35 ad Sab. (D. XXXVIII, 4, 1. § 4. XXXIV, 4, 3. § 11. XXIII, 1, 4. pr.), 45 ad Ed. (D. XXIX, 1, 15. § 1), Paul. 33 ad Ed. D. XVIII, 5, 3); vgl. Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 19. § 2): nudus sermo, nuda promissio im Gegensatze zur Stipulation; Paul. sent.

der Fessel der legalen Form befreit wird, so wird andrerseits derselben ganz unbeschränkt die Gesammtheit aller der Mittel zur Verfügung gestellt, welche in irgend welcher Weise die Willensemotion zur gemeinverständlichen Ausprägung in der Außenwelt vermitteln. Der Weg selbst hierfür ist aber ein zwiefältiger: denn einmal und zwar normaler Weise wird die Willensbestimmnng ausgeprägt und somit sinnlich wahrnehmbar gemacht durch eine körperliche Action des Wollenden, mit Einschluß zugleich der Omissivhandlung, nämlich des significanten Stillschweigens gegenüber der Action eines Dritten; und diesen Fall können wir bezeichnen als die active Willenserklärung; und sodann prägt sich die Willensbestimmung auch durch ein inactives Verhalten aus, dadurch nämlich, daß das Selbstverständliche gar nicht verlautbart, vielmehr schlechthin übergangen wird und so nun um dieser seiner Selbstverständlichkeit willen als ein Gewolltes gilt (vgl. § 21 unter c, § 22 unter a). Dies aber beruht darauf, daß die geschäftlichen Verhältnisse, in denen der Rechtsverkehr sich bewegt, bei aller individuellen Verschiedenheit doch eine specifische Uebereinstimmung und Gleichheit in sich tragen, daß sodann bei allen der nämlichen Rechtsgeschäfts-Species angehörigen Sondervorkommnissen gewisse geschäftliche Momente einer vertragsmäßigen Regelung und Bestimmung bedürfen, und daß nun endlich derartige Momente von den Paciscenten meistens in gleichmäßiger und übereinstimmender Weise geregelt zu werden pflegen, so daß hierin eine typische Ordnung für derartige geschäftliche Festsetzungen gegeben ist. Dies aber sind theils die naturalia negotii, theils die mores regionis als die Usance. Unterlassen daher die Paciscenten, bezüglich derartiger geschäftlicher Momente eine besondere Willensbestimmung kund zu geben, so gilt nun als

---

rec. I, 3, 1: nuda verba; Diocl. et Max. im C. Just. IV, 19, 14: nudae asservationes. — Nudus consensus: Gai. III, 154. Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLVI, 3, 80), Ulp. 48 ad Sab. (D. L, 17, 35: nudi consensus obligatio), Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 49, 3. — In gleichem Sinne steht voluntas bei Pap. 1 Resp. (A. 487) und consensus bei Gai. III, 136. de form. hyp. (D. XXII, 4, 4), Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. pr.); vgl. A. 484.

gewollt das Selbstverständliche, und als selbstverständlich gilt dieses Typische: die natura negotii und die mores regionis. Diesen Fall nennen wir daher die inactive Willenserklärung.

Was nun zunächst die active Willenserklärung betrifft, so sind für dieselbe zwei Mittel der Aeußerung geboten: das Wort, verba, als der unmittelbare Ausdruck des Gedankens, und jede andere Action, welche mittelbar einen Gedanken offenbart: res oder actus [135]):

Quint. III, 5, 1: Omnis oratio constat aut ex his, quae significantur, aut ex his, quae significant id est rebus et verbis;

Cic. Phil. III, 6, 14: indicetur non verbo, sed re — — hostis Antonius;

Ulp. 16 ad Ed. (D. XXXVI, 1, 37 pr.): restituta hereditas videtur aut re ipsa, si forte passus est heres possideri res hereditarias — hac mente, ut vellet restituere — —; sed et si verbo dixit se restituere vel per epistolam vel per nuntium restituat, audietur;

Paul. 4 Sent. (D. XXIX, 2, 95): recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis;

Modest. 3 Reg. (D. XVII, 2, 4. pr.): societatem coire

---

135) Zu scheiden sind die gleichlautenden Gegensätze von verbum und res, wo 1. dadurch der Gegensatz der Principien von Wort und Wille ausgedrückt wird, welchenfalls verbum die formale, res die unformale Willenserklärung bezeichnet: § 1; und 2. der verwandte Gegensatz des Gesagten und des Wirklichen, von Wort und That, welchenfalls verbum das den Worten nach, res vera oder ipsa oder res schlechthin das in Wirklichkeit Seiende bezeichnet: Ter. Andr. V, 1, 5. Heaut. IV. 1, 23. Eun. IV, 6, 4. Ad. II, 1, 10. Sal. Jug. 48. Cic. p. Quinct. 2, 7. in Verr. III, 13, 33. p. Caec. II, 31, 89. 90. ad Att. IV, 16, 1. Liv. XXXV, 46, 6. XXXIX, 27, 2. Ov. Heroid. 18, 1. fg. Sen. de Clem. II, 7, 4. Flor. II, 17, 11. vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 121. Endlich 3. wo dadurch der Gegensatz von Verbal- und Realcontract bezeichnet wird, sowie in A. 151. — Den gleichen Gegensatz in anderer Bezeichnung bietet z. B. Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 1): nisi forte aliud tempus vel mente vel verbis testator praestituit.

et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est[136];

Scaev. 5 Resp. (D. XLVI, 8, 5): non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu.

Zunächst aber das Wort kann ebenso als Laut, wie als Schriftzeichen hervortreten[137] und muß ersteren Falles ein sprachlich articulirter Laut, somit ächtes Wort sein, da die ἄναρθρος φωνή nicht gemeinverständlicher Träger des Willens ist[138]. Im Uebrigen aber ist ebenso die Wahl der Sprache, wie innerhalb derselben des zu gebrauchenden Wortes dem freien Ermessen des Redenden anheimgegeben[139]: es genügt nuda voluntas[140].

Dagegen die Action anderer Beschaffenheit[141]) ist entweder nutus oder factum. Denn, was das Erstere betrifft, so ist jedes Volk neben seiner Wortsprache auch im Besitze einer Zeichensprache oder nationalen Mimik, welche, wenn auch auf eine unendlich geringere Zahl von Ausdrucksformen beschränkt,

---

136) Vgl. Labeo bei Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 2. pr.): convenire posse vel re vel per epistolam vel per nuntium; inter absentes quoque posse.

137) Paul. 8 ad Ed. (D. XLIV, 7, 38): non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.

138) Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2): nemo sine voce dixisse existimatur, nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conatu ipso et sono quodam καὶ τῇ ἀνάρθρῳ φωνῇ dicere existimamus.

139) In ersterer Beziehung s. § 18; in letzterer Beziehung Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. § 2), Gai. de form. hyp. (D. XXII, 4, 4), Constant. im C. Th. XVI, 2, 4.

140) Nuda voluntas als unsolenne Willenserklärung im Allgemeinen s. A. 184. Nuda voluntas als Willenserklärung durch unsolenne Worte im Gegensatz zur Willenserklärung durch factum hat Gai. III, 167. 169. für die hered. aditio im Gegensatze zur pro herede gestio. Daneben findet sich nuda voluntas, nuda conventio für Willenserklärung durch Worte allein im Gegensatz zu der von einer Handlung begleiteten Willenserklärung: Jul. 15. 44 Dig. (D. XVIII, 5, 5. § 1. XLI, 3, 33. § 4. 5), Gai. 2 Aur. (D. XLI, 1, 9. § 5), Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 31. § 18), 40 ad Sab. (D. XIII, 7, 1. pr. § 1), Paul. 32 ad Ed. (D. XIX, 4, 1. § 2), vgl. 24 Quaest. (D. L, 1, 20); sowie nudus consensus für die stillschweigende Willenserklärung: Ulp. 71 ad Ed. (D. XIX, 2, 14), Modest. 2 Reg. (D. XLIV, 7, 52. § 9).

141) Wegen Cic. p. Caec. 18, 53. s. § 47 a. E.

doch in durchaus allgemeiner und typischer Weise zur Anwendung gelangt und zugleich, genau wie die Wortsprache, in der besonderen Geste den Träger und Repräsentanten eines bestimmten Begriffes anerkennt, daher in gleicher Weise, wie jene, gemeinverständlich ist. Und solche Gesten: gestus oder, in den Rechtswerken, nutus, wie z. B. Bewegung von Kopf oder Hand oder Finger waren namentlich zu Rom, gefördert durch die scenische, wie rhetorische Mimik zum Systeme einer eigenen Zeichensprache ausgebildet, welche für den Stummen ein fast unentbehrliches, im Uebrigen aber ein freibeliebtes Mittel der Willenserklärung bot[142]). Und dem stellt sich endlich auch gleich die vulgäre Symbolik, deren Spuren wir begegnen; so wenn die durch das ädilicische Edict vorgeschriebene pronuntiatio vitiorum des zu verkaufenden Sclaven durch Symbole ersetzt oder abgelehnt werden konnte, wie z. B. die pronuntiatio des in vinculis fuisse dadurch ersetzt ward, daß der Sclave gefesselt zum Verkaufe ausgestellt wurde, wofür Pomp. 23 ad Sab. (D. XXI, 1, 48. § 3) und Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 1. § 6) Zeugniß, wie Deutung bieten; wogegen jene pronuntiatio wie überhaupt die Haftung für Fehler des Sclaven dadurch deprecirt ward, daß derselbe mit einem pileus (Filzkappe) bedeckt zum Verkaufe ausgestellt ward, wie Cael. Sabinus bei Gell. VI, 4, 3. bekundet; vgl. auch § 32 und A. 311.

Das factum[143]) aber ist die concludente d. h. diejenige

142) Quint. XI, 3, 66: non manus solum, sed nutus etiam declarant nostram voluntatem et in mutis pro sermone sunt, et saltatio frequenter sine voce intellegitur atque adficit et ex vultu ingressuque perspicitur habitus animorum. Wegen der scenischen Mimik vgl. Lucian. de Salt., insbes. 64 fg. 81; wegen der rhetorischen Mimik: Auct. ad Her. III, 15. Cic. de Orat. III, 59. Quint. XI, 3, 65 fg.; wegen der juristischen Mimik: Ped. 1 de Stip. bei Paul. 28 ad Ed. (D. XII, 1, 6), Maec. 5 Fideic. (D. XXXVI, 1, 65. § 3), Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 8), 14 ad Sab. (D. XXXVIII, 4, 1. § 3), 8 ad Ed. (D. XLVI, 2, 17), Paul. 4 ad Vit. (D. XXVIII, 5, 58. pr.), 3 Sent. (D. XXIX, 2, 93. § 1), 4 Sent. (D. XXXII, 1, 21. pr.), 28 ad Ed. (D. XII, 1, 6), Modest. 2 Reg. (D. XLIV, 7, 52. § 10), Diocl. et Max. in C. Just. VI, 42, 22. Gemeinverständlichkeit: Paul. 24 Quaest. (D. L, 17, 76). Vgl. Kleinpaul, Theorie der Geberden-Sprache in Ztschr. f. Völkerpsychologie 1869. VI, 353. fg.

143) So bei Jul. 94 Dig. (D. I, 3, 32. § 1) in Bezug auf das Ge-

Handlung, welche nach dem Gesetze des zureichenden Grundes eine gewisse Willensbestimmung des Handelnden zu ihrer nothwendigen Voraussetzung hat und insofern nun einen Rückschluß auf solche connexe Willensbestimmung gestattet, in Folge dessen aber in Wahrheit ebenso ein sicheres, wie gemeinverständliches Erkenntnißmittel solchen Willens bietet, und dem entsprechend nun auch in mannichfachen Vorkommnissen als zureichende Willenserklärung anerkannt wird[144]. Lediglich ein besonderes Vorkommniß solcher concludenten Handlung ist aber das einfache Stillschweigen gegenüber gewissen Vorgängen, welches da, wo es wahrhaft concludente Omissivhandlung ist, als tacitus consensus[145] bindet[146].

Sodann die inactive Willenserklärung hat, wie bemerkt, nur da Platz, wo von dem einen Rechsact Vollziehenden eine Willensbestimmung gar nicht verlautbart ist bezüglich eines dem Acte integrirenden und einer dispositiven Regulirung bedürftigen geschäftlichen Momentes. Denn diesfalls greift die Annahme Platz, der Handelnde habe hinsichtlich jenes Momentes das Selbstverständliche gewollt; als dieses Selbstverständliche gilt aber

a. die natura negotii[147], somit die sogen. naturalia des Geschäftes:

---

wohnheitsrecht. Hierher gehört auch das silentio convenire bei Javol. 11 Epist. (D. XIX, 2, 51. pr.), sowie der nudus consensus in A. 140.

144) Vgl. Savigny, Syst. § 131. Hierunter fällt auch Paul. 16 ad Ed. (D. L, 17, 124).

145) Tacitus consensus s. Thl. 1 § 86; vgl. auch Sulpic. Apollin. bei Gell. XII, 13, 5: legum — — iussa consensu tacito obliterantur, sowie Hermog. 1 Jur. Epit. (D. I, 3. 35), Inst. I, 2, 9. Sodann Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 2. pr.): etiam tacite consensu convenire intelligitur.

146) Vgl. Savigny, a. O. § 132. Heyne, de voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole. Dresd. 1840. Stöffel, die stillschweigende Willenserklärung nach röm. R. Zürich 1859. Burckhardt, Präsumtionen § 29. — Wegen der über die Willenserklärung hinausgreifenden Willenspräsumtionen vgl. Burckhardt a. O. 281 fg.

147) Vgl. Thl. I A. 422. Allerdings concurriren hier verschiedene Gesichtspunkte: einmal aus der natura negotii ergiebt sich ius naturale (Thl. I § 55) als ein dispositives Recht; dieses kann daher zwar durch eine derogatorische Vereinbarung der Contrahenten ausgeschlossen werden, allein

Javol. 2 ex Plaut. (D. XXI, 2, 60): si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex emto actionis hoc, quod interest;

Scaev. 2 Resp. (D. XIX, 1, 48): quaeritur, an emti iudicio cogendus sit (sc. venditor) ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit (sc. in fundo hereditario vendito) et fines ostendere? Respondi, id ex ea scriptura (sc. venditionis) praestandum, quod sensisse intelliguntur (sc. et emtor et venditor); quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere; hoc enim contractui bonae fidei consonans esse;

Pomp. 27 ad Sab. (D. XII, 1, 3): quum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus ut atque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere; — — nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit;

Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 1): quum — sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est; quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestati;

Paul. 3 ad Sab. (D. XIX, 1, 5): si heres testamento quid vendere damnatus sit et vendiderit, de reliquis, quae per consequentias emtionis propria sunt, vel ex emto vel ex testamento agi cum eo potuit;

---

ist solches nicht der Fall, so greift es Platz kraft ureigener Herrschermacht, und nicht auf Grund eines Willens der Contrahenten; dieser Gesichtspunkt dürfte bei Javol. und Ulp. citt. der leitende sein. Und sodann der obige Gesichtspunkt: die natura negotii wird wirksam auf Grund der inactiven Willenserklärung der Contrahenten als ein von denselben gewolltes Selbstverständliches; dieser Gesichtspunkt tritt unzweideutig hervor bei Pomp. cit. und dürfte bei Scaev., Paul. und in dem Excerpt in Inst. der leitende sein.

J. Just. III, 24, 5: conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare;

und ähnlich auch

Serv. bei Lab. 5 Poster. (D. XVIII, 1, 80. § 2): primum sequendum esse, quod appareret actum esse; quodsi in obscuro esset, etc.

Lab. bei Jav. 4 ex Poster. Lab. (D. XVIII, 1, 77): referre quid actum sit; si non appareret etc.

Paul. zu Lab. 1 Pithan. (D. XIV, 2, 10. pr.): quaeritur, quid actum est, — quodsi hoc apparere non poterit etc.; zu Lab. 2 Pith. (D. XVIII, 4, 25): semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit; si autem id non apparebit etc.

b. die mores regionis d. i. die Usance, die Lebens- oder Verkehrs-Sitte. Denn indem dieselbe im Unterschiede von dem Gewohnheitsrechte nur dadurch und darin eine Herrschaft über ein Rechtsverhältniß gewinnt, daß sie Theil und Inhalt der geschäftlichen Willensbestimmung ist, so beruht nun, in Ermangelung einer besonderen Willenserklärung des Handelnden, der Rechtsgrund ihrer bindenden Kraft lediglich darin, daß die Norm jener mores als etwas selbstverständlich Maaßgebendes von dem Handelnden nicht besonders in der geschäftlichen Disposition verlautbart ist[148]. Und dies bekunden:

Papin. 2 Quaest. (D. XXII, 1, 1. pr.), Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 31. § 20), 10 ad Ed. (D. eod. fr. 37) s. Beil. VII, § 8, sowie

Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1): in usurarum — quantitate mos regionis erit sequendus; 45 ad Sab. (D. L, 17, 34): id sequimur, quod actum est, aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur[149].

---

148) Beil. VII, § 8. XVI, § 3.

149) Vgl. Modest. 6 Resp. (D. XXVI, 7, 32. § 6), Diocl. et Max. in C. Just. IV, 65, 19., sowie die epistola Traiani in Henzen, Inscr. Lat. III, no. 6965a: si, in quantas particulas, quas cleros appellant, ager Aezanensi Jovi dicatus a regibus divisus sit, non apparet, optimum

Im Uebrigen läßt endlich die aequitas den in § 2 dargelegten Satz fallen, daß die Rechtsacte nicht auf dies und condicio zu stellen seien.

§ 16.

2. Die unformale Willensäußerung als die Form des zweiseitigen, wie des bezüglichen Rechtsgeschäftes insbesondere.

Der Grundsatz der aequitas, daß jede gemeinverständliche Kundgebung des Willens zur juristischen Willenserklärung genügt, gewinnt für die zweiseitigen und resp. die bezüglichen Rechtsgeschäfte die besondere Anwendung, daß eine äußere Uebereinstimmung der correspondirenden Willenserklärungen nicht erfordert sei, vielmehr eine jede der letzteren selbstständig und für sich dem in § 15 dargelegten allgemeinen Gesetze unterfällt, ohne Rücksicht auf die Form, in welcher die correspondirende Erklärung zu Tage tritt. Und als Consequenz knüpfen hieran die Quellen den Satz, daß die zweiseitigen Rechtsgeschäfte auch im Allgemeinen inter absentes und im Besonderen per epistolam oder per nuntium abgeschlossen werden können. Dies besagen:

Paul. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 35. § 2): si locando conducendo, vendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum est, quia hi contractus — — consensu confirmantur;

Gai. III, 136: sufficit eos, qui negotium gerunt (sc. quod consensu fit), consensisse; unde inter absentes quoque talia negotia contrahunter, veluti per epistulam aut per internuntium;

Ulp. 35 ad Sab. (D. XXIII, 1, 4): sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. Denique constat et absenti absentem desponderi posse;

Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. pr. § 1): obligatio mandati consensu contrahentium consistit; ideo per

---

est — — eum, qui in vicinis civitatibus clerorum nec maximus nec minimus est, observari, und dazu die epistola Quieti no. 6955[b] Vgl. auch Paul. 4 ad Sab. (D. XXXIII, 6, 4).

> nuntium quoque vel per epistolam mandatum suscipi potest; 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 1. § 2): emtio — consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras;

vgl. Lab. bei Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 2. pr. § 1): pacta Pomp. 4 ad Sab. (D. XXIII, 2, 5): nuptiae; Gai. 26 ad Ed. prov. (D. XLIII, 26, 9): precarium; Ulp. 9 ad Ed. (D. III, 3, 1. § 1. 3): mandatum; 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 14. § 3): constitutum debiti; Modest. 3 Reg. (D. XVII, 2, 4. pr.): societas, und (D. XX, 1, 23. § 1): pignoris obligatio; vgl. § 56.

Insbesondere nun bei den bezüglichen Geschäften tritt jener Satz zu Tage ebenso bei den auflösenden, wie bei den accessorischen, als auch bei den novatorischen Geschäften [150], wofür bezüglich der letztern die Nachweise bereits in A. 83 gegeben sind. Was dagegen die auflösenden Geschäfte betrifft, so gelangt jener Satz zur Geltung darin, daß die solutio [151], wie das pactum de non petendo [152] rechtswirksam sind gegenüber allen, auch den durch formale Willenserklärung begründeten Vertragsobligationen, sowie daß das divortium als ein von der diffareatio und remancipatio verschiedenes und auch bei diffareirter, wie coëmirter Ehe zuläſſiges Rechtsgeschäft anerkannt ward [153].

Endlich hinsichtlich der accessorischen Geschäfte gelangt jener Satz darin zur Geltung, daß die fideiussio, constitutum debiti,

150) Nicht bei den cumulativen Geschäften, weil solche der jüngeren Rechtsbildung ganz fremd sind.

151) Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLVI, 3, 80): quum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat: — — re, veluti quum solvit, quod promisit; Gai. III, 168: tollitur obligatio praecipue solutione eius quod debeatur; Glossar bei Brisson. de V. S. v. solutio: καταβολὴ ἢ λύσις, δι' ἧς πᾶσα ἡ ἐνοχὴ διαλύεται καὶ ἡ τῆς βέρβις καὶ τῆς re καὶ τῆς litteris καὶ τῆς consensu; fragm. Graec. bei Haubold, Opusc. II, 853: διαλύονται — αὗται (sc. ἐνοχαί, und zwar insbesondere ἐγειρόμεναι re, verbis, litteris, consensu) τῇ καταβολῇ τοῦ ἐποφειλομένου.

152) So bei Litteralobligation und Stipulation: Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. pr. § 6), bei Legat: Ulp 26 ad Ed. (D. II, 14, 51), hypothecae: Marc. ad form. hyp. (D. XX, 6, 5. pr.).

153) Gai. I, 137.

mandatum qualificatum, wie pignoris obligatio zu allen principalen geschäftlichen Obligationen hinzutreten können, mögen dieselben in welcher Modalität immer begründet sein[154]).

B. Die Willensbestimmung als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

§ 17.

1. Die Willensbestimmung als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes im Allgemeinen.

Indem die aequitas die Willensbestimmung zu dem rechtsverbindlichen Elemente des Rechtsactes erhebt, so sinkt damit die Willenserklärung zu der Bedeutung und dem Werthe eines einfachen Offenbarungs- und Erkenntnißmittels jenes Willens herab. Daher bleibt hier die Willenserklärung und so namentlich auch das Wort in steter Abhängigkeit von seinem Urheber: die von diesem in das Wort hineingelegte Willensmeinung beherrscht fortan dasselbe und bestimmt allein innerhalb des betreffenden Rechtsactes den von dem Worte getragenen Denkinhalt. Und indem somit das Wort immer nur in dem Sinne gilt, in welchem es von seinem Urheber gesprochen war, so beherrscht nun dieser Sinn in Wahrheit das Wort in der Weise, daß solches lediglich als Träger und Leiter der Willensmeinung des Handelnden dient, diese Willensbestimmung selbst aber somit zur wahrhaft herrschenden Potenz sich erhebt: die voluntas, mens, sententia, de quo sentit oder cogitat und dergl. oder das actum oder die res (§ 1) ist das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes. Diesen Satz sprechen aus

154) Gai. III, 119: fideiussor — omnibus obligationibus id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest; Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 1. § 6): debitum — ex quacunque causa potest constitui id est ex quocunque contractu. Wegen des mandatum qualificatum vgl. z. B. Gai. 2 Aur. (D. XVII, 1, 2. § 2), Paul. 4 Quaest. (D. XLVI, 1, 71. § 1). Marc. ad form. hyp. (D. XX, 1, 5. pr.): res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione.

Cic. p. Caec. 28, 81: id verum, id aequum, id utile omnibus esse spectari, quo consilio atque sententia, non quibus quidque verbis esset actum; de Inv. II, 33, 101: in omnibus rebus voluntatem spectari oportere;

das Glossem bei Cic. de Off. I, 13, 40: semper — quid senseris, non quid dixeris cogitandum;

Boeth. in Top. 17. p. 378 Or.: qui fuerit animus contrahentium, quaeri solet;

Serv. bei Lab. 5 Poster. (D. XVIII, 1, 80. § 2): sequendum esse, quod appareret actum esse;

Tubero bei Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2): quorsum nomina, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? Alf. Var. 4 Dig. (D. XVIII, 1, 40. § 1. 3): videri id actum esse; referre quid esset actum;

Labeo bei Jav. 4 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 77): referre, quid actum sit;

Cels. 12 Dig. bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 7. § 2): interesse, quid acti sit; 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2): prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis;

Ped. bei Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIII, 7, 18. § 3): optimum esse, non propriam verborum significationem scrutari, sed — quid testator demonstrare voluerit;

Pomp. 3 ad Sab. (D. XXX, 1, 12. § 3): voluntas facit, quod in testamento scriptum valeat; 9 ad Sab. (D. XVIII, 1, 6. § 1): potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est, und (D. XVIII, 1, 8. § 1): nulla eo nomine — — obligatio contrahitur, quia id actum intelligitur;

Gai. 2 Aur. (D. XLI, 1, 9. § 3): nihil — tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre ratam haberi; de form. hyp. (D. XXII, 4, 4): fiunt — de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari possit;

Scaev. 2 Resp. (D. XIX, 1, 48): id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelliguntur;

Papin. 2 Resp. (D. L, 16, 219): in conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit; 8 Resp. (D. XXXV, 1, 101. pr.): in condicionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oporteat; und (D. XXXI, 1, 77. § 12): ordo scripturae non impedit causam iuris ac voluntatis;

Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIV, 4, 3. § 9): melius est sensum magis, quam verba amplecti; 45 ad Sab. (D. L, 17, 34): semper — in — contractibus id sequimur, quod actum est; 50 ad Sab. (D. XLV, 1, 41. pr.): hoc sequimur, quod actum est; 26 ad Ed. (D. V, 1, 61. pr.): solemus — dicere id venire in iudicium, de quo actum est inter litigantes; 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 1): nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est; 5 Disp. (D. XXXV, 1, 19. pr.): in condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet;

Paul. 4 ad Plaut. (D. XLVI, 3, 6): nec enim ordo scripturae spectatur, sed potius ex iure sumitur id, quod agi videtur; 3 ad Ed. (D. XLIV, 7, 38): non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur, quatenus placuit non minus valere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur; 21 ad Ed. (D. L, 16, 28. § 1): oratio, quae neque coniunctionem neque disiunctionem habet, ex mente pronuntiantis vel disiuncta vel coniuncta accipitur; 35 ad Ed. (D. XXIII, 3, 41. § 1): magis — res, quam verba intuenda sunt; zu Lab. 1 Pith. (D. XIV, 2, 10. pr.): quaeritur, quid actum est, und zu 2 Pith. (D. XVIII, 4, 25): semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit;

Car. Carin. et Numer. in C. Just. VI, 42, 16: voluntas magis, quam verba plerumque intuenda sunt.

Vgl. A. 614. 616—619. 626. 628. 631. 637.

Insbesondere bezüglich der Gesetze tritt jener Satz hervor bei Cels. 26 Dig. (D. I, 3, 17): scire leges non hoc est verba

earum tenere, sed vim ac potestatem; 33 Dig. (D. I, 3, 19): voluntas legis ex hoc colligi possit;

Papin. de Adult. (D. XLVIII, 5, 11. § 5): opinionem tuam et verba legis et sententia adiuvat;

Gai. 6 ad Ed. prov. (D. V, 3, 17): secundum SCti sententiam subveniendum ei est;

Ulp. 3 ad Ed. (D. L, 16, 6. § 1): verbum „Ex legibus“ sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis; 29 ad Ed. (D. XIV, 6, 7. § 4): mens SCti non cessat; 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 41. § 12): mens senatus plenius accipienda est;

Tryph. 4 Disp. (D. XLIX, 15, 12. § 8): et iniquum et contra mentem constitutionis est;

Macer 1 Public. (D. XLVIII, 5, 24. § 3): ex sententia legis quaeritur;

Carac. in C. Just. IX, 9, 3: verba legis Juliae de adulteriis coërcendis, sed etiam sententia — pertinet;

sowie hinsichtlich des Rechtssatzes: ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest

Alfen. 4 Dig. a Paul. epit. (D. X, 4, 19): non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed, qua mente quid diceretur, animadvertere convenire.

Von diesem Satze der aequitas wird jedoch eine Ausnahme statuirt hinsichtlich der stipulationes praetoriae: diese werden in ihrem Denkgehalte beurtheilt und bemessen nach der bei ihrer Proponirung im Edicte maaßgebenden Willensbestimmung des Prätors, nicht aber nach der bei ihrem Abschlusse maaßgebenden Willensbestimmung der Contrahenten:

Ulp. 7 Disp. (D. XLV, 1, 52. pr.): in conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant; enimvero praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris, qui eas proposuit. Denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere neque detrahere; vgl. § 19. a. E. Thl. I A. 23.

Dieses Princip der aequitas ergiebt nun als einfache Consequenz theils die Ungültigkeit des Rechtsactes für den Fall, daß die dabei maaßgebende Willensbestimmung nicht in juristische Gewißheit sich setzen läßt, worüber s. §. 28, theils den Satz: das

formale Geschäft, welches an und für sich wegen eines Mangels nicht rechtsbeständig ist, ist rechtsbeständig, insoweit es auf Grund des darin enthaltenen actum als unformales Geschäft bestehen kann. Dieser Satz gelangt zur Geltung hinsichtlich der Acceptilation: die acceptilatio inutilis wirkt als pactum de non petendo

Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 9): si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur, ne peteretur; Jul. 15 Dig. (D. XVIII, 5, 5. pr.), Ulp. 48 ad Sab. (D. XLVI, 4, 8. pr.) 2 Reg. (D. XLVI, 4, 19. pr.), Paul. in Lab. 5 Pith. epit. (D. XLVI, 4, 23).

Dahingegen ist diese Consequenz nicht anerkannt hinsichtlich der Stipulation: die stipulatio inutilis wirkt nicht als pactum

Ulp 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 2): si quis ita interroget: Dabis? responderit: „Quidni“? — is utique in ea causa est, ut obligetur; contra si sine verbis annuisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita annuit.

§ 18.

2. Der Consens insbesondere als das rechtsverbindliche Element des zweiseitigen Rechtsgeschäftes.

Das Princip, daß die Willensbestimmung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes im Allgemeinen ist, ergiebt bezüglich des zweiseitigen Rechtsgeschäftes insbesondere den Satz, daß für dieses der Consens das rechtsverbindliche Element ist:

Javol. 12 Epist. (D. XLIV, 7, 55): in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium. Nam — — nisi animus utriusque consentiat, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest; wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 23. 24. 36ᵃ;

Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 1. pr. § 3): quid — tam congruum est fidei humanae, quam ea, quae inter nos placuerunt, servare? — — Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt; nam — convenire dicuntur, qui

— — ex diversis animi motibus in unum consentiunt id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem; 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 1. pr.): hoc edicto praetor favet naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere; 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 9. pr.).

Aus diesem Satze ergiebt sich als Consequenz, zunächst daß die Sprache, in welcher das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, ganz gleichgültig, wohl aber ein wesentliches Erforderniß der Verbindlichkeit des Vertrages das Verständniß solcher Sprache ist:

Gai. III, 93: etiam hae (sc. stipulationes ad graecam vocem expressae) — inter cives Romanos valent, si modo graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario, quamvis latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo latini sermonis intellectum habeant;

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 6), J. Just. III, 15, 1. Theoph. in h. l.;

und sodann daß ein obwaltender Dissens die Nichtigkeit des Rechtsactes zur Folge hat:

Pomp. 36 ad Qu. Muc. (D. XLIV, 7, 57): in omnibus negotiis contrahendis sive bonae fidei sint sive non sint, si error aliquis intervenerit, ut aliud sentiat, puta qui emit aut qui conduxit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque coëunda respondendum est, ut, si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valeat ea societas, quae in consensu consistit;

Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 9. pr.): in emtionibus et venditionibus consensum debere intercedere palam est, ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, — — emtio imperfecta est.

Jenes Princip an sich aber vom Erfordernisse des Consenses bei zweiseitigen Rechtsacten ist nicht mit voller Strenge durch-

geführt, und zwar ist dasselbe zunächst ganz aufgegeben von der späteren Theorie hinsichtlich der Litiscontestation:

Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1): si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit; quod et in iudiciis Aristo existimavit. Sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit; nam stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium autem etiam in invitum redditur; wozu vgl. Pomp. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 5. § 5) § 28 unter B. 3 d.

Und sodann ist jenes Princip mehrfach modificirt hinsichtlich der zweiseitigen Rechtsgeschäfte, zweifelsohne bestimmt durch die Rücksicht, daß im Interesse des geschäftlichen Verkehres die Nichtigkeitserklärung von Rechtsgeschäften auf Grund obwaltenden Dissenses möglichst zu beschränken sei. So nun erklären sich die Einschränkungen jenes Principes[155]), daß

A. der Dissens nur dann das zweiseitige Rechtsgeschäft annullire, wenn er ein wichtiges Stück desselben, somit einen wesentlichen Moment seines Thatbestandes betreffe, wohingegen der Dissens über einen Nebenpunkt das Rechtsgeschäft nicht zerstört, vielmehr hinsichtlich solchen von dem Dissens betroffenen Punktes durch die in § 28 unter B. 3 dargestellten Sätze über die Interpretation nachgeholfen wird. Als solche wesentliche Punkte aber gelten:

1. der dem Rechtsgeschäfte inserirte Zweck in dem Falle, wo solcher eine specifische juristische Bestimmung einem Geschäfte allgemeineren Characters verleiht und so nun von unmittelbarem Einflusse auf dessen juristische Wesenheit ist. Denn indem hiermit solcher Zweck zu einem wesentlichen Momente des Rechtsgeschäftes sich erhebt, so gewinnt damit der Dissens über jenen einen zerstörlichen Effect. Dies wird bekundet zunächst bezüglich der Tradition mit obligatorischem Zwecke von

Jul. 10 Dig. (D. XII, 1, 19. pr.): non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligetur. Nam et is, qui

155) Vgl. zu dem Nachstehenden Voigt im Archiv f. civ. Prax. 1871. Bd. 54. § 10.

mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligavit accipientem, quam si extitisset casus, in quem obligatio collata fuisset;

Paul. 2 Inst. (D. XLIV, 7, 3. § 1): non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. Itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est;

wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. 128 fg.;

sodann bezüglich der Tradition mit solutorischem Zwecke, worüber vgl. Voigt, a. O. 126 fg., nicht minder bezüglich der Tradition mit possessorischem Zwecke, worüber vgl. Voigt, a. O. A. 33., wie endlich mit dinglichem Zwecke:

Ulp. 7 Disp. (D. XII, 1, 18. § 1): si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, — et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatum ostendendi gratia accepi, — — consumtis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit, wozu vgl. Voigt, a. O. 128; vgl. auch Gai. 2 Aur. (D. XLI, 1, 9. § 3), Theoph. Par. II, 1, 40.

2. Die Identität des Mitcontrahenten:

Cels. 5 Dig. (D. XII, 1, 32), Jav. 6 Epist. (D. XXXIX, 5, 25), Jul. 44 Dig. (D. XLI, 1, 37. § 6), wovon Ulp. 7 Disp. (D. XXXIX, 5, 13) eine Modification zuläßt, und worüber allenthalben vgl. Voigt in A. 155. § 11.

3. Gewisse Kategorieen des Objectes des Geschäftes und so zwar

aa. die Identität des Hauptobjectes, der res principalis des Rechtsgeschäftes, dissensus in corpore genannt:

Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 9. pr.): in venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est; ceterum sive in ipsa emtione dissentiant sive in pretio sive in quo alio, emtio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti,

quia in corpore dissensimus, emtio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti; nam quum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emtionem; 7 Disp. (D. XLI, 2, 34. pr.); Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1, s. oben); Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 1). J. Just. III, 19, 23.

bb. Die Substanz und die wesentliche Qualität des Rechtsobjectes von Rechtsgeschäften, welche eine Veräußerung oder entgeltliche Uebertragung von Nutzungsbefugnissen vermitteln[155a]).

Dagegen hat, wie obbemerkt, der Dissens keinen zerstörlichen Effect, dafern er unwesentliche Momente des zweiseitigen Rechtsgeschäftes betrifft. Und als solche nun gelten

a. die Accession der res principalis:

Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 34. pr.): si in emtione fundi dictum sit accedere Stichum servum neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, quum de alio emtor, de alio venditor senserit, nihilo minus fundi venditionem valere constat; wozu im Weiteren vgl. A. 185;

b. die unwesentliche Qualität des Rechtsobjectes, sowie die Substanz und die wesentliche Qualität bei denjenigen Rechtsgeschäften, welche eine unentgeltliche Uebertragung der Detention vermitteln (vgl. A. 155a); endlich

c. sonstige Nebenpunkte im Thatbestande des zweiseitigen Rechtsgeschäftes.

B. Dafern ein Dissens obwaltet hinsichtlich der Summe oder Zahl der in dem Rechtsgeschäfte inbegriffenen Objecte, so annullirt solcher Dissens im Allgemeinen nur von der Zahl aufwärts, von welcher ab der Dissens beginnt, nicht aber bis zu jener Zahl, auf welche, als die geringere Summe, der eine Paciscent unmittelbar, der Andere aber insofern consentirt, als in der von ihm im Sinne gehabten größeren Summe auch jene kleinere Zahl als das Minus mit enthalten ist. Jedoch erleibet

---

155a) Dieser Satz ist in den Quellen nicht direct bezeugt, wohl aber aus den bezüglich des error an sich geltenden Sätzen zu entnehmen; vgl. Voigt a. O. § 10 unter A 1. 3 bb.

diese Regel unbeschränkte Geltung nur bei dem unentgeltlichen, wie bei dem pecuniar indifferenten Rechtsgeschäfte, wie z. B. bei Schenkung und bei Stipulation:

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 4): si stipulanti mihi X tu XX respondeas, non esse contractam obligationem nisi in X constat. Ex contrario quoque, si me XX interrogante tu X respondeas, obligatio nisi in X non erit contracta; licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, XX et X inesse[156];

Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 3): „Decem aut viginti dari spondes?" Hic —, etsi X spoponderis, recte responsum est, quia semper in summis id, quod minus est, sponderi videtur[157]; vgl. Jul. bei Ulp. 13 ad Ed. (D. IV, 8, 37. § 3);

sowie hinsichtlich einer Mehrheit nicht fungibler Objecte von

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 5): si mihi Pamphilum stipulanti, tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto; Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 4).

Und diesen Satz wendet auch an auf die correspondirenden Geschäfte, so auf die Acceptilation:

Pomp. 27 ad Sab. (D. XLVI, 4, 15): si is, qui Stichum promisit, ita interroget: „Quod Stichum promisi, Stichum et Pamphilum habesne acceptos"? puto recte accepto latum et pro supervacuo Pamphili mentionem factam, quemadmodum si is, qui X promisit, ita interroget: „Quod tibi X promisi, XX habesne accepta"? etiam X nomine erit liberatus[158].

Dagegen greift vollständige Nullität dann Platz, wenn bei entgeltlichen Geschäften der Zahlungspflichtige auf das Minus,

---

156) Die entgegengesetzte Entscheidung bietet Gai. III, 102 in § 6; vgl. A. 182. Schilling, Inst. § 278 m.

157) Eine abweichende Entscheidung bietet Paul. l. c. (D. cit. § 2) hinsichtlich der alternativen Obligation s. A. 182.

158) Abweichend hinsichtlich der Novation: Ulp. 46 ad Sab. (D. XLV, 1, 29. pr.).

der Zahlungsempfänger und zur Gegenleistung Verpflichtete aber auf das Plus seine Willensbestimmung richtet:

Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XIX, 2, 52): si X tibi locem fundum, tu autem existimes V te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi;

Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 9. pr.): sive dissentiant in pretio, emtio imperfecta est.

§ 19.

Die besonderen Consequenzen des Principes, daß die Willensbestimmung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes ist.

Das Princip der aequitas, daß die Willensbestimmung und resp. der Consens das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes ist, giebt sich kund in allen den Fällen, wo die Willenserklärung mangelhaft die Willensbestimmung des Handelnden vertritt, in den Vorkommnissen somit, wie solche in § 7 dargelegt sind, und zwar

1. beim Scheingeschäfte: § 20; sowie

2. in den Interpretationsfällen, nämlich von scriptum et voluntas: § 21, ratiocinatio: § 22, definitio: § 23, ambiguitas: § 24 und contrariae leges: § 25 [159]. Und zwar kann diese unabsichtlich mangelhafte Willenserklärung herbeigeführt sein ebenso durch einen singulären Sprachgebrauch des Redenden, wie z. B. bei Paul. 4 ad Vit. (D. XXVIII, 5, 58. § 1) und Gordian. im C. Just. VI, 24, 5, als auch durch einen error desselben, und ebenso durch ein äußeres und zwar zufälliges Ereigniß, als auch durch dolus oder vis eines Mitinteressenten, über welche Fälle des error, dolus und vis s. § 26.

Da nun bei allen jenen Vorkommnissen nach dem obigen Principe der aequitas die Willensbestimmung das wesentliche

---

159) Vgl. A. 101, sowie C. G. J. van Boetzelaer, Animadvers. quae spectant interpretationem ambiguae orationis in conventione aut testamento obviae. Traj. ad Rhen. 1832. C. W. Schweitzer, ad tit. Dig. de Reb. dub. Lips. 1802. p. 131 sq. Hinsichtlich des Criminalrechts bietet einige allgemeine Bemerkungen Seeger, über das Verhältniß der Strafrechtspflege zum Gesetz im Zeitalter Cicero's, Tübing. 1869. S 101 fg.

Element ist, so gewinnt demzufolge hier die Existenzfrage nach dem wirklichen Willen des Handelnden die höchste Wichtigkeit. Und dieses Verhältniß reflectirt nun in den Quellen darin, daß dieselben solche Frage unter der technischen Bezeichnung mentis oder voluntatis quaestio oder coniectura sehr markirt hervortreten lassen, und so zwar

mentis quaestio: Cels. bei Quint. III, 6, 38; Quint. III, 6, 40. vgl. das. § 90;

voluntatis quaestio: Papin. 6. 8 Resp. (D. XXVIII, 6, 41. § 5. XXXI, 1, 77. § 15), 16. 17. 18. 19 Quaest. (D. XXXIV, 9, 12. XXXI, 1, 66. pr. XXX, 1, 90. pr. XXIX, 7, 13. § 1); Papin. und Ulp. bei Justinian. in Cod. VI, 25, 9. Valens 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 94). Maecian. bei Ulp. 4 Fideic. (D. XXXVI, 1, 16. pr.). Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXII, 1, 50. § 3. 4), 2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 17. § 4), 5 Disp. (D. XL, 4, 13. § 1). Paul. 1 ad Nerat. (D. XXXII, 1, 25. § 1). Modest. de Heurem. (D. XXVIII, 6, 4. § 2). Tryphon. 8 Disp. (D. XV, 1, 57. § 2). Sev. Alex. im C. Just. VI, 24, 3. VI, 42, 7. Diocl. et Max. im C. Just. V, 16, 14. Constant. im C. Th. VIII, 12, 4. Vgl. Quint. VII, 1, 13. 49: de voluntate quaerere; Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXII, 1, 50. § 6): disputari de voluntate;

voluntatis coniectura: Quint. XII, 2, 19. Sulp. Vict. J. O. 40. 51. Papin. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 77. § 8).

Die einfache Consequenz des obigen Principes aber ist, daß das Scheingeschäft nichtig ist, dagegen in den Interpretationsfällen und insbesondere auch bei Störung der Willenserklärung durch error, dolus oder vis die wirkliche Willensbestimmung das Uebergewicht hat gegenüber der Willenserklärung, daher nun die Aufgabe der Interpretation dahin sich stellt, die mangelhafte Willenserklärung des Handelnden aus dessen Sinne und Willensmeinung heraus so zu verbessern, daß ihr Ergebniß den correcten Ausdruck dieser Willensbestimmung darbiete; und dies besagt auch im Allgemeinen:

Cels. 29 Dig. (D. I, 3, 18): benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur;

Paul. 3 ad Sab. (D. L, 17, 12): in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur; 1 ad Plaut. (D. L, 17, 168. § 1): quod factum est, quum in obscuro sit, ex affectione cuiusque capit interpretationem.

Vermag aber die Interpretation nicht, aus der Willenserklärung eine verständliche Willensbestimmung herauszulesen, so kommt die aequitas zu dem nämlichen Ergebnisse, wie der rigor (§ 7 a. E.): der Rechtsact verliert seinen juristischen Effect:

Alf. Var. 5 Dig. (D. XXXIV, 8, 2): quae in testamento scripta essent neque intelligerentur, quid significarent, ea perinde sunt, ac si scripta non essent (vgl. A. 456. § 28).

Auf eine singuläre Beschränkung der Anwendung dieses Principes in dem Falle, wo der Wortlaut an sich einer Disposition durchaus fehlerfrei ist, ist in § 28 unter b. zurückzukommen.

Endlich ergeben eine Ausnahme, entsprechend dem in § 17 Dargelegten, die stipulationes praetoriae: diese werden nicht ex mente der Contrahenten, als vielmehr ex mente praetoris interpretirt:

Venul. 1 Stip. (D. XLVI, 5, 9): in praetoriis stipulationibus si ambiguus sermo acciderit, praetoris erit interpretatio: eius enim mens aestimanda est; vgl. Jul. bei Maec. 9 fideic. (D. XXXV, 2, 32. § 2).

§ 20.

a. Nichtigkeit des Rechtsactes bei Simulation oder nicht ernstlicher Willenserklärung.

Das Scheingeschäft umfaßt zwei verschiedene Vorkommnisse, je nachdem die Willenserklärung verlautbart wird, ohne daß ihr überhaupt irgend welche, oder aber ohne daß ihr eine entsprechende juristische Willensbestimmung zu Grunde liegt.

In dem ersteren Falle ist das Scheingeschäft absolut ungültig, und ihn behandeln Varr. und Paul., welche ebenso die zum Scherze, wie die von dem Schauspieler in Darstellung

seiner Rolle auf der Bühne oder die zur Belehrung ausgesprochene Stipulation für unverbindlich erklären:

Varr. L. L. VI, 7, 72: non spondet ille, statim qui dixit: „Spondeo", si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque qui dixit in tragoedia: „Meministin' te despondere mihi gnatam tuam", quod sine sponte sua dixit, eum eo non potest agi ex sponsu (s. Beil. XIX, § VI);

Paul. 2 Inst. (D. XLIV, 7, 3. § 2): nec — si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero: „Spondes"? et tu responderis: „Spondeo", nascetur obligatio;

sodann

Traian. bei Florent. 10 Inst. (D. XXIX, 1, 24): si — miles, de cuius bonis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declamaret, quem vellet sibi esse heredem — —, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus — —. Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: „Ego te heredem facio" aut: „Tibi bona mea relinquo", non oportet hoc pro testamento observari;

vgl. Hispo Rom. bei Sen. Contr. II, 10, 7: iusiurandum iocosum fuisse, sicut multa cotidie iurarent amantes.

Und hierunter fallen auch die Vorkommnisse unmöglicher Bedingungen bei der Erbeinsetzung in Pomp. 11 Epist. (D. XL 4, 61. pr.) und Paul. 5 ad Sab. (D. XL, 7, 4. § 1).

In dem zweiten Falle der Simulation ist das Geschäft nur relativ ungültig: nur insoweit, als der Willenserklärung eine Simulation, nicht aber insoweit, als ihr eine juristische Willensbestimmung zu Grunde liegt: plus actum, quam scriptum valet oder non quod scriptum, sed quod gestum est inspicitur (Diocl. et Max. in C. Just. IV, 22, 4. 3.) oder plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur (rubr. C. Just. IV, 22); und so:

Valer. et Gall. in C. Just. IV, 22, 1: in contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet;

Diocl. et Max. in C. Just. IV, 22, 2: acta simulata, velut non ipse, sed eius uxor comparaverit, veritatis substantiam mutare non possunt; und ebendas. c. 4.

Daher ist das numo uno abgeschlossene unentgeltliche Geschäft als solches rechtsbeständig, dagegen als entgeltliches Geschäft nichtig:

Ulp. 69 ad Ed. (D. XLI, 2, 10. § 2): si quis et conduxerit et rogaverit precario, uti possideret, si quidem numo uno conducit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quae est in uno numo[160];

Hermog. 2 Jur. Ep. (D. XLI, 6, 6): donationis causa facta venditione non pro emtore, sed pro donato res tradita usucapitur;

Diocl. et Max. in C. Just. II, 4, 21. IV, 22, 3. IV, 38. 3. 9[161]).

Liegt jedoch dem simulirten Geschäfte gar keine juristische Willensbestimmung unter, so ist auch solches völlig nichtig, so die Ehe:

Gai. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXIII, 2, 30): simulatae nuptiae nullius momenti sunt;

das divortium, so z. B. mit Rücksicht auf die während desselben vom Ehemanne der Frau gemachte Schenkung:

Trebat. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 1, 64. pr.): si verum divortium fuisset, ratam esse donationem (sc. a viro mulieri factam); si simulatam, contra; vgl. Diocl. et Max. in C. Just. V, 17, 3;

die emtio venditio:

Paul. 2 ad Ed. aed. cur. (D. XVIII, 1, 55): nuda et imaginaria venditio pro non facta est et ideo nec alienatio eius rei intelligitur; 16 ad Sab. (D. XXXIX,

---

160) Eine interpolirte Fassung dieser Stelle enthält D. XIX, 2, 46.

161) Weiteres s. bei Schilling, Inst. § 351, b. f. l. v. aa. — Sodann anderer Fall z. B. bei Cels. 20 Dig. (D. XXXI, 1, 21), wo eine Simulation in Form einer falsa demonstratio vorliegt; und dann wiederum Diocl. et Max. im C. Just. IV, 29, 17. Endlich wiederum vor Mißgriffen warnend Ulp. 21 ad Sab. (D. L, 17, 16): imaginaria venditio non est pretio accedente.

3, 12), Ulp. 43 ad Ed. (D. XVIII, 1, 36), 7 Disp. (D. XVIII, 1, 38), Modest. 5 Reg. (D. XLIV, 7, 54), Diocl. et Max. in C. Just. IV, 22, 5. IV, 38, 10. V, 16, 20. VIII, 28, 10. vgl. Sabin. bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 2, 4. § 5), Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. pr.);

die mutui datio: Gord. in C. Just. II, 6, 3.

§. 21.

b. Interpretatio ex voluntate bei scriptum et voluntas.

Für den Fall des scriptum et voluntas oder dergl., als der nicht conformen Vertretung der Willensbestimmung durch die Willenserklärung (§ 9), ergiebt das Princip der aequitas die unmittelbare Consequenz, daß die incongruente oder nicht adäquate Willenserklärung ohne allen eigenen juristischen Werth ist, vielmehr die wirkliche Willensbestimmung allein den Gehalt des Rechtsactes bestimmt: indem der Redende das, was er sagen wollte, falsch ausgedrückt hat, so ist nun die vorhandene Willenserklärung jener wirklichen Willensbestimmung des Handelnden gemäß zu berichtigen. Diese These wird nun, in gleicher Weise wie die entgegenstehenden Sätze des rigor in § 5, von Cornificius und Cicero in deren rhetorischen Werken aufgestellt und durch Argumente gestützt, welche theils eine petitio principii, theils Utilitäts-Gesichtspunkte bieten.

Die petitio principii tritt dabei hervor in den fünf Positionen:

a. Das Wesen des Gesetzes oder Rechtsgeschäftes besteht in deren Denkinhalte, nicht in den sie verlautbarenden Worten; daher ist der Richter berufen, jenen, nicht diese als maaßgebend anzuerkennen:

Cic. Part. Or. 39, 136: in consilio atque in mente scriptoris, non in verbis ac litteris vim legis positam esse; de Inv. II, 48, 143: leges in consilio scriptoris — —, non in verbis consistere; § 141: quid sit lex, describere (sc. orator debet), ut ea videatur in sententiis, non in verbis consistere; et iudex is videatur legi obtemperare, qui sententiam eius, non qui scripturam sequatur.

b. Der Werth und die Bedeutung der Gesetze für das Leben beruht nicht auf ihrem Buchstaben, sondern darauf, daß sie dem gemeinen Wohle dienen und ein Product der Weisheit wie Umsicht des Gesetzgebers sind; daher muß der Inhalt des Gesetzes aus seiner vom Gesetzgeber ihm angewiesenen Stellung gegenüber dem Gemeinwohle, nicht aber aus seinem Wortlaute entnommen werden:

Cic. de Inv. I, 38, 68. 69: omnes leges ad commodum rei publicae referre oportet et eas ex utilitate communi, non ex scriptione, quae in litteris est, interpretari. Ea enim virtute et sapientia maiores nostri fuerunt, ut in legibus scribendis nihil sibi aliud nisi salutem atque utilitatem rei publicae proponerent. Neque enim ipsi, quod obesset, scribere volebant; et si scripsissent, cum esset intellectum, repudiatum iri legem intelligebant. Nemo enim leges legum causa salvas esse vult, sed rei publicae, quod ex legibus omnes rem publicam optime putant administrari. Quam ob rem igitur leges servari oportet, ad eam causam scripta omnia interpretari convenit: hoc est, quoniam rei publicae servimus, rei publicae commodo atque utilitate leges interpretemur. — Ergo in hoc quoque iudicio desinite litteras legis perscrutari et legem — ex utilitate rei publicae considerate; II, 48, 141: leges nobis caras esse non propter litteras, quae tenues et obscurae notae sint voluntatis, sed propter earum rerum, quibus de scriptum est, utilitatem et eorum, qui scripserint, sapientiam et diligentiam; vgl. § 143.

c. Das Princip der voluntas wird bei Abfassung von leges vorausgesetzt, so daß das Selbstverständliche nicht in Worten ausgedrückt, sondern mit Stillschweigen übergangen wird:

Auct. ad Her. II, 10, 14: laudabimus (sc. oratores) scriptoris commoditatem atque brevitatem, quod tantum scripserit, quod necesse fuerit, illud, quod sine scripto intellegi potuerit, non necessario scribendum putarit;

Cic. Part. Or. 39, 136: quod — nihil exceperit (sc. scriptor) in lege, laudabit (sc. orator), ne deverticula peccatis darentur atque ut ex facto cuiusque iudex legis mentem interpretaretur; de Inv. II, 47, 140: non omnia scriptis, sed quaedam, quae perspicua sint, tacitis exceptionibus caveri.

d. Der Richter ist nicht zur Recitation der Gesetzesworte und zu deren Anwendung, sondern zur Apperception des Gesetzeswillen und zu dessen Anwendung berufen:

Cic. de Inv. II, 47, 139: legis scriptorem certo ex ordine iudices certa aetate praeditos constituisse, ut essent, non qui scriptum suum recitarent, quod quivis puer facere posset, sed qui cogitatione assequi possent et voluntatem interpretari; deinde illum scriptorem, si scripta sua stultis hominibus et barbaris iudicibus committeret, omnia summa diligentia perscripturum fuisse; nunc vero, quod intelligeret, quales viri res iudicaturi essent, idcirco eum, quae perspicua videret esse, non adscripsisse; neque enim vos (sc. iudices) scripti sui recitatores, sed voluntatis interpretes fore putavit.

e. Die interpretatio ex verbo enthält eine calumnia:

Auct. ad Her. II, 10, 14: dicemus calumniatoris esse officium verba et litteras sequi, neglegere voluntatem;

Cic. Part. Or. 39, 137: genus eius modi calliditatis et calumniae (sc. quo quis verbo se defendit) retrahetur in odium iudicis cum quadam invidiosa querela [162].

Und sodann als Utilitätsgründe werden anempfohlen:

---

162) Vgl. Cic. p. Caec. 23, 65: scriptum sequi calumniatoris esse (s. A. 444); de Off. I, 10, 33: existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosa iuris interpretatione; Pseudo-Quint. Decl. 264: solum — ius excipiunt et circa legem calumniantur; 308: habet sine dubio, si verba tantum ipsa intueri velimus, hoc ius occasionem brevem calumniae; Paul. 4 Epit. Alf. (D. X, 4, 19): non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire.

1. Es ist ein Ding der Unmöglichkeit, den Ideenverkehr des bürgerlichen Lebens auf das Wort an und für sich allein zu stützen:

Cic. de Inv. II, 47, 140: ne in sermone quidem quotidiano atque imperiis domesticis recte posse administrari, si unusquisque velit verba spectare et non ad voluntatem eius, qui ea verba habuerit, accedere; und p. Caec. 18, 51.

Pseudo-Quint. Decl. 331: multa — invenientur frequenter, quae legum verbis non teneantur, sed ipsa vi ac potestate teneantur.

2. Das Princip der voluntas entspricht der vulgären aequitas oder Billigkeit d. i. dem nationalen Rechtsbewußtsein:

Cic. de Inv. II, 48, 143: quam indignum sit aequitatem litteris urgeri, quae voluntate eius, qui scripserit, defendatur; vgl. p. Caec. 27, 77.

Dazu tritt

3. das Argument, dessen sich Crassus in der causa Curiana (Thl. I, § 10) und Cicero in dem Processe des Caecina (Thl. I, 54) bediente: die Nichtbeachtung der voluntas involvire eine captio (s. A. 392):

Cic. Brut. 53, 198: quanta esset in verbis captio cum in ceteris rebus, tum in testamentis, si negligerentur voluntates; p. Caec. 14, 40.

Beispiele juristischer Entscheidungen nach der voluntas im Falle des scriptum et voluntas bieten bezüglich der Gesetze:

Pomp. bei Ulp. 3 ad Ed. (D. II, 1, 7. § 2): si dum proponitur (sc. album) vel ante propositionem quis corruperit, edicti quidem verba cessabunt, Pomp. autem ait sententiam edicti porrigendam esse ad haec;

Gai. III, 75: incredibile videbatur — — voluisse legislatorem etc. § 76: nec me praeterit, non satis in ea re legislatorem voluntatem suam verbis expressisse, wozu vgl. Thl. II, A. 855;

Pap. bei Marc. ad S. C. Turpill. (D. XLVIII, 16, 1. § 13): non ex verbis, sed ex sententia SCti puniri;

Ulp. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2. § 40): licet verba deficiant, sententiam constitutionis locum habere; 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 5): de eo autem loquitur senatus, qui etc.; puto tamen et ad eam mentem SCti pertinere;

Paul. ad S. C. Libon. (D. XLVIII, 10, 22. § 8): non verbis, sed sententia SCti tenetur; 3 ad Sab. (D. XXXVI, 1, 19. § 1): nec verba spectantur SCti, sed sententia;

Tryphon. 13 Disp. (D. XXVI, 6, 4. § 1. 2): incidit quidem in verba constitutionis, sed sententia excusatur. — Incidet in sententiam constitutionis; 19 Disp. (D. XXXVII, 4, 20. § 1): quamvis edicti verbis collatio inducatur, ex mente praetoris denegandam eam respondetur;

Marcian. 1 de Publ. iud. (D. XLVIII, 5, 33. § 1): ex sententia legis tenetur, quamvis verbis non continetur;

Modest. 4 Excus. (D. XXVII, 1, 13. § 2): *εἰ καὶ μάλιστα τὸ ῥητὸν τοῦ νόμου ταύτην ἀποτελεῖ τὴν διάνοιαν, ὅμως γνώμη τοῦ νομοθέτου ἄλλο βούλεται.*

Anton. Pius bei Callistr. 1 Quaest. (D. XLVIII, 10, 15. § 3): sententiam magis sequendam esse huius SCti, quam scripturam.

Vgl. auch Schilling, Inst. § 20. q. r., woselbst weitere Beispiele geboten sind.

Und sodann in Bezug auf Rechtsgeschäfte:

Trebat. bei Procul. 2 Epist. (D. XXXIII, 6, 15): vinum cum vasis legavit; negat Trebatius, quod in doliis sit, deberi, et sensum testatoris alium putat esse (sc. solum vinum in amphoris et cadis legare voluisse), verborum alium;

Trebat. und Labeo nach Proc. 3 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 6, 16. pr.): qui vinum Surrentinum in urnalibus habebat diffusum, is tibi vinum legaverat in amphoris. Omne illud quoque vinum, quod in urnalibus fuisset, legatum esse Labeo et Trebatius responderunt;

Lab. bei Paul. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 20. § 1); Javol. 3 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 5, 28) s. in § 27 unter 3; Cels. bei Marc. 3 Reg. (D. XXVIII, 5, 51. § 1).

Cels. und Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr.): si ita scriptum sit: „Si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto, ex reliqua parte uxor mea heres esto. Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto, ex reliqua parte uxor heres esto", et filius et filia nati essent, dicendum est, assem distribuendum esse in septem partes, ut ex his filius IV, uxor II, filia I partem habeat. Ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit, quam uxor, item uxor altero tanto amplius, quam filia. — Ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est; quod etiam Iuventio Celso apertissime placuit; wozu vgl. § 9 a. E.

Jul. de Ambig. (D. XXXIV, 5, 13. § 6); 69 Dig. (D. XXXV, 1, 25);

Marcell. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24): cum in testamento — — perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est; vgl. 6 Dig. in A. 629;

Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 2. 4): posse defendi — ex semisse heredem fore — —, si ipse testator minus scribat (puta quandrantem), quum plus vellet adscribere (puta semissem). Sed et si quis pro C ducenta per notam scripsisset, idem iuris est (sc. ex C heres est): nam et ibi utrumque scriptum est: et quod voluit et quod adiectum est [163]); 20. 39 ad Sab. (D. XXXV, 1, 9. XXVI, 2, 16. § 3. 4);

Modest. 10 Resp. (D. XL, 4, 44); Callistr. 2 Quaest. (D. XXXV, 1, 82).

Im Uebrigen prägt sich das Princip der voluntas bei scriptum et voluntas auch in der Weise in den Quellen aus, daß die Entscheidung nach sprachlichen Momenten gegeben und dann der Nachweis der entgegenstehenden voluntas des Redenden nach-

163) Uebereinstimmende Sätze s. A. 182.

gelassen wird, so z. B. von Ulp. 3 Disp. (D. XII, 4, 6. pr.), worüber s. § 27 unter 1.

§ 22.

c. Interpretatio ex voluntate bei ratiocinatio.

Bei der ratiocinatio oder dergl. d. i. der sei es realen, sei es formalen Lückenhaftigkeit der Rede, (§ 7. Beil. XVII. § VII) erfordert das Princip der aequitas, daß die Lücke nach der Willensbestimmung des Redenden und zwar vornämlich durch das Mittel der Schlußfolgerung: ratiocinatio, collectio, syllogismus, und auf dem Wege der Analogie: similitudo ergänzt werde (s. Beil. XVII, § VII). Dieses Postulat der aequitas spricht aus

Cic. de Inv. II, 50, 152: oportere coniectura ex eo, quod scriptum sit, ad id, quod non sit scriptum, pervenire; p. Caec. 21, 59: omnibus in causis idem valebit, in quibus perspicitur una eademque causa aequitatis; Top. 4, 23: quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est; — — valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat; vgl. Boeth. in h. l., Quint. J. O. VII, 10, 1. in § 23.

Der Argumente, durch welche Cicero dieses Postulat stützt, sind drei:

a. das Selbstverständliche wird nicht in Worten ausgedrückt, vielmehr übergangen:

Cic. de Inv. II, 50, 151: multis in legibus multa praeterita esse, quae idcirco praeterita nemo arbitretur, quod ex ceteris, de quibus scriptum sit, intelligi possint;

b. es wäre eine viel zu hoch gesteigerte Anforderung zu verlangen, daß Jeder alle einzelnen Momente seiner Willensbestimmung erschöpfend in Worten verlautbare:

Cic. de Inv. II, 50, 152; neminem posse omnes res per scripturam amplecti, sed eum commodissime scribere, qui curet, ut quaedam ex quibusdam intelligantur;

c. es ist ein Ding der Unmöglichkeit, die Normen des bürgerlichen Verkehres auf das Wort an und für sich allein zu stützen:

Cic. p. Caec. 28, 81: nego ullam rem esse, quae aut comprehendi satis aut caveri aut excipi possit, si — praeterito aliquo verbo — — re et sententia cognita non id, quod intelligitur, sed id, quod dicitur, valebit.

Interpretationen nach jenem Postulate bei Fällen der ratiocinatio bieten bezüglich der Gesetze:

Trebat. Ofil. und Lab. bei Venul. 1 Interd. (D. XLIII, 23, 2): quamquam de reficienda cloaca, non etiam de nova facienda hoc interdicto comprehendatur, tamen aeque interdicendum Labeo ait, ne facienti cloacam vis fiat, quia eadem utilitas sit: praetorem enim sic interdixisse, ne vis fieret, quo minus cloacam in publico facere liceret. Idque Ofilio et Trebatio placuisse.

Sabin. bei Gai III, 218: ne „Plurimi" quidem verbum adiicitur (sc. in tertia parte legis Aquiliae); — — sed Sabino placuit perinde habendum ac si — hac parte „Plurimi" verbum adiectum esset: nam legislatorem contentum fuisse, quod prima parte (sc. legis) eo verbo usus esset, wozu vgl. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 29. § 8);

Ped. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. I, 3, 13): quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, — interpretatione — suppleri;

Jul. 15 Dig. (D. I, 3, 12): non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut SCtis comprehendi; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, si qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet; 94 Dig. (D. I, 3, 32. pr.): de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, — — quod proximum et consequens ei (sc. rei) est;

Scaev. 6 Quaest. (D. XXVIII, 2, 29. § 5): ex sententia legis Velleiae et haec omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint;

Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 2, 13. § 3): ex sententia edicti (s. D. III, 2, 1) punitur; 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 5): quamvis nihil senatus de eo loqui videtur, puto tamen et ad eum mentem SCti pertinere; 3 ad l. Jul. et Pap. (D. XXIII, 1, 16): oratio impp. Antonini et Commodi, quae quasdam nuptias in personam senatorum inhibuit, de sponsalibus nihil locuta est; recte tamen dicitur, etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momenti, ut suppleatur, quod orationi deest;

Tertull. 1 Quaest. (D. I, 3, 27): antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt;

Marcian. 14 Inst. (D. XLVIII, 9, 3): sciendum est, lege Pompeia de consobrino comprehendi, sed non etiam eos pariter complecti, qui pari proprioreve gradu sunt. Sed et novercae et sponsae personae omissae sunt; sententia tamen legis continentur.

Vgl. Gai. 7. 11. ad Ed. prov. (D. IX, 2, 32. pr. XXIII, 5, 4), Ulp. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2. § 29), Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 34. § 7).

Ingleichen bezüglich der Rechtsgeschäfte

Alfen. Var. 2 Dig. a Paul. epit. (D. XXX, 1, 106): si in testamento scriptum esset: „Heres meus X milia sestertium (Tribon.: aureos C) Licinio damnas esto“, neque adscripsisset „Dare“, deberi legatum constat;

Lab. 4 Post. a Jav. epit. (D. XVIII, 1, 78. pr.) s. A. 630.

Cels. 37 Dig. (D. XXXI, 1, 30): quidam in testamento ita scripsit: „reipublicae Graviscanorum lego in tutelam viae reficiendae, quae est in colonia eorum usque ad viam Aureliam“. Quaesitum est, an hoc legatum valeat. Iuventius Celsus respondit: propemodum quidem imperfecta est haec scriptura „in tutelam Aureliae viae“, quia summa adscripta non est; potest tamen videri tanta summa legata, quanta ei rei sufficeret, si modo non apparet aliam

fuisse defuncti voluntatem aut ex magnitudine eius pecuniae aut ex mediocritate facultatum, quam testator reliquit: tunc enim officio iudicis secundum aestimationem patrimonii et legati quantitas definiri potest;

Marcell. 3 Dig. (D. XLV, 1, 94): triticum dare oportere stipulatus est aliquis. Facti quaestio est, non iuris. Igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis et certae quantitatis, id habebitur pro expresso [164].

Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 5—7), der für gültig erklärt die Erbeinsetzungen: Lucius heres (om. esto), Lucius esto (om. heres) [165], Lucius (om. heres esto) [166], Lucium heredem esse (om. iubeo) [167]; 24 ad Sab. (D. XXX, 1, 50. § 3) s. in § 27 unter 3; 50 ad Sab. (D. XLV, 1, 41. pr.): eum, qui „kalendis Januariis" stipulatur — — si — non addat, quibus Januariis, facti quaestionem inducere, quid forte senserit h. e. quid inter eos acti sit; utique enim

---

164) Marcell. fährt dann fort: alioquin si, quum destinare genus et modum vellet, non fecerit, nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium. Somit: a. die ratiocinatio ist zulässig bei einem Defecte der Willensäußerung allein: wenn die Lücke auf einem reinen Uebersehen des Contrahenten beruhte und eine Willensbestimmung desselben hinter dem Defecte steht; b. die ratiocin. ist unzulässig bei einem Defecte der Willensbestimmung: wenn die Lücke nicht bloß in der Willenserklärung, sondern auch in der Willensbestimmung obwaltet (vgl. bei A. 197). Diese Entscheidung ergiebt die unzweifelhafteste Gebietsbestimmung der ratiocinatio bei Rechtsgeschäften, welche auch innegehalten ist z. B. von Ulp. 8 Disp. (D. XXVIII, 5, 36), 2 ad Sab. (D. eod. fr. 2. pr.); allein bei Gesetzen ist die Praxis mit ihrer Analogie vielfach über jene Gränze hinausgegangen; vgl. Schilling, Inst. § 21. — Die entgegengesetzte Entscheidung ad a s. bei A. 126.

165) In diesem Sinne hatte ein Rescript von Anton. Pius entschieden nach Ulp. cit. (§ 5). Auf eine entgegengesetzte Entscheidung in dem Falle, daß die heredis institutio gänzlich fehlt, weist hin Ulp. 7 ad Sab. (s. § 10 a. E.), wo jedoch eine abweichende Ansicht des Pegasus indicirt ist.

166) In diesem Sinne hatte Anton. Pius entschieden: Ulp. cit. (§ 6), Diocl. et Max. in C. Just. VI, 23, 7.

167) Ein weiteres Beisp. s. Gordian. in C. Just. VI, 42, 10.

hoc sequimur, quod actum est, easque assumemus; 19 ad Ed. (D. X, 2, 20), wo die zur Collation ihrer dos verpflichtete Miterbin stipulirt hat: quod (sc. dotis) a marito recuperavero, pro partibus hereditariis solvam, nun aber selbst in der Ehe vor geschehener Theilung der Erbschaft verstirbt, ein Fall, wofür in jener Stipulation aus Unachtsamkeit gar nicht vorgesehen war, und wo nun die Erben der Frau zur Collation von deren dos für verpflichtet erklärt werden, wenn gleich sie selbst diese dos von dem überlebenden Gatten gar nicht restituirt erhalten; 3 Disp. (D. XII, 4, 6. pr.);

Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 3, 41. § 1);

Val. 1 Fideicom. (D. XXXII, 1, 12): „Stichus liber esto; et ut eum heres artificium doceat, unde se tueri possit, peto." — — Praetor aut arbiter ex voluntate defuncti et aetate et condicione et natura ingenioque eius, cui relictum erit, statuet, quod potissimum artificium heres docere eum sumtibus suis debeat, wozu vgl. Pegas. in § 10; ebendas. (D. XXXIV, 1, 22. pr. s. in § 27 unter 3).

Auch hier finden wir das Princip in der Weise gewahrt, daß die Entscheidung nach objectiven Gesichtspunkten gegeben, für den concreten Fall aber die etwa abweichende voluntas des Redenden gewahrt wird, wie z. B. bei Jul. und Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. pr. § 1), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 17. § 2).

§ 23.

d. Interpretatio ex voluntate bei definitio.

Bei der definitio oder dergl., wo das gebrauchte Wort undeutlich ist, indem der dadurch repräsentirte Begriff hinsichtlich der in seinem Inhalte oder Umfange enthaltenen Einzelheiten nicht absolut bestimmt ist (§ 11), wird nach dem Principe der aequitas die obwaltende Undeutlichkeit nach Maaßgabe der Willensbestimmung des Redenden beseitigt. Diesen Principsatz sprechen aus:

Quint. J. O. VII, 10, 1: et in finitione, quae sit voluntas nominis, quaeritur et in syllogismo, qui secundus a finitione status est, quia spectatur, quid voluerit scriptor;

Sulp. Vict. J. O. 39: loci huius status (i. e. finis): finis, contraria definitio, legislatoris voluntas, voluntatis coniectura, qualitas conclusiva. c. 40: tertius locus est ex voluntate legislatoris nec immerito: neque enim fere finitivus status non aliquam habet societatem cum legalibus. Et hic accusator enim dicit illam voluntatem fuisse legislatoris, ne etc. Reus vero contendit legislatorem hoc voluisse, ne etc.

Hermogen. de Stat. II, 153 Sp.: *ὁ ὅρος διαιρεῖται προβολῇ, ὅρῳ, ἀνθορισμῷ, συλλογισμῷ, γνώμῃ νομοθέτου κ. τ. λ.* p. 154: *ἡ γνώμη τοῦ νομοθέτου ὑπ' ἀμφοῖν πρὸς τὸ οἰκεῖον συμφέρον ἐξητασθήσεται·* und dazu Sopat. Schol. IV, 483 W.: *καὶ ὁ νόμος καὶ ἡ γνώμη τοῦ νομοθέτου τοῦτο βούλεται,* und p. 508 fg.; Sopat. V, 154 fg., namentlich p. 155: *ἐπειδὴ οὖν ὁ νόμος ἄτεχνός ἐστι, πίστιν ἐπήγαγε τὴν τοῦ νομοθέτου γνώμην, καὶ γὰρ μάλιστα οἱ δικασταὶ τοῖς νόμοις προσέχουσι·* Maxim. Plan. V: 305 fg.

Ped. bei Paul. 2 ad Vitell. (D. XXXIII, 7, 18. § 3): optimun esse non propriam verborum significationem (vgl. A. 118) scrutari, sed quid testator demonstrare voluit.

Bemerkenswerthe Quellenbelege, in denen zugleich der Gegensatz vom Principe des rigor in § 11 sich ausprägt oder nachklingt, bieten:

Javol. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 3): dominus servo hs. D (Tribon.: aureos V) sic legaverat: „Heres meus Sticho servo meo, quem testamento liberum esse iussi, hs. D, quos in tabulis debeo, dato."

Nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset.

Ego puto secundum mentem testatoris naturale magis, quam civile debitum spectandum esse.

Javol. 7 Epist. (D. L, 16, 116): „Quisquis mihi alius filius filiive heres sit.“ Labeo: non videri filiam contineri; Proculus: contra.

Mihi Labeo videtur verborum figuram sequi; Proculus mentem testantis; non dubito, quin Labeonis sententia vera non sit.

Marcell. Resp. (D. XXXII, 1, 69. § 1): Titius codicillis suis ita cavit: „P. Maevio omnes iuvenes, quos in ministerio habeo, dari volo;“ — — quos verbis, quae proponerentur, demonstrare voluerit testator, ad notionem eius, qui de ea re cogniturus esset, pertinere; non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, quum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur.

Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 122): Servius ait, si ita scriptum sit: „Filio filiisque meis hosce tutores do“ masculis dumtaxat tutores datos, quoniam singulari casu hoc „Filio“ ad pluralem videtur transiisse, continentem eundem sexum, quem singularis prior positus habuisset.

Sed hoc facti, non iuris habet quaestionem; potest enim fieri, ut singulari casu de filio senserit, deinde plenius omnibus liberis prospexisse in tutore dando voluerit.

Pomp. 9 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 34. § 1): scribit Qu. Mucius, si maritus uxori, quum haberet V pondo auri, legasset ita, aurum, quodcunque uxoris causa paratum esset, uti heres uxori daret, etiamsi libra auri inde venisset, et mortis tempore amplius quam IV librae non deprehenderentur, in totis V libris heredem esse obligatum, quoniam articulus „Est“ praesentis temporis demonstrationem in se continet.

Quod ipsum, quantum ad ipsam iuris obligationem pertineat, recte dicetur id est, ut ipso iure heres

sit obligatus. Verum sciendum, si in hoc alienaverit testator inde libram, quod deminuere vellet ex legato uxoris suae, tunc mutata voluntas defuncti locum faciet doli mali exceptioni; — — sed si ex necessitate aliqua compulsus testator, non, quod vellet deminuere ex legato, tunc mulieri ipso iure V librae auri debebuntur nec doli mali exceptio nocebit adversus petentem.

Ulp. 17 ad Sab. (D. VII, 8, 12. § 2): Si pecoris — usus relictus sit, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum dumtaxat Labeo ait, sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum; haec enim magis in fructu esse.

Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto; neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.

Anderweite Beispiele bieten:

Alfen. Var. bei Paul. 4 Epit. Alf. Dig. (D. XVIII, 1, 40. § 3): fundi venditor frumenta manu sata receperat; in eo fundo ex stipula seges erat enata; quaesitum est, an pacto contineretur? Respondit maxime referre, quid esset actum; ceterum secundum verba non esse actum, quod ex stipula nasceretur; sowie das. (D. cit. § 1);

Serv. bei Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2), der bezüglich des Zweifels, ob ein Stück Hausrath dem Begriffe von supellex oder von argentum oder von vestis sich unterordne, bemerkt: sententiam eius, qui legaverit, adspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre (s. § 28 unter c);

Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 33): inter vestem virilem et vestimenta virilia nihil interest, sed difficultatem facit mens legantis, si et ipse solitus fuerit uti quadam veste, quae etiam mulieribus conveniens est. Itaque ante omnia dicendum est eam legatam esse, de qua senserit testator, non quae re vera aut muliebris aut virilis sit.

Im Uebrigen prägt sich das Princip der aequitas im Falle der definitio in der doppelten Weise in den Quellen aus, daß

a. die Definition ohne Weiteres nach der voluntas des Redenden gegeben wird, so von Alfen. Var. 7 Dig. (D. XL, 1, 7), Lab. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 2, 41), Proc. 8 Epist. (D. XXXI, 1, 46), Cels. bei Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXIII, 6, 3. § 1), Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLV, 1, 110. § 1) s. A. 184, Scaev. 3 Resp. (D. XXXIII, 7, 20. § 3), Pap. 7 Resp. (D. XXXIV, 5, 1), Marc. 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 95), Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXII, 1, 50), 4 Disp. (D. XXVIII, 5, 35. § 3), Paul. 4 ad Sab. (D. XXXIII, 10, 3. § 5), Anton. Pius bei Scaev. 4 Resp. (D. XXXIV, 1, 13. § 1);

b. oder daß die Definition zuerst nach objectiv sprachlichen Gesetzen gegeben, dann aber ausdrücklich vorbehalten und gewahrt wird, daß die Willensbestimmung des Redenden auch wirklich jener Definition entspreche, so durch den Zusatz: nisi alia mens fuit scribentis oder ähnlich (vgl. § 27 unter 1), so von Cass. bei Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXIV, 2, 8), Proc. bei Ulp. 22 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3. § 2), Scaev. 3 Resp. (D. XXXIII, 7, 20. § 2), Ulp. 6. 18. 20. 22. 23. 44 ad Sab. (D. XXVIII, 7, 2. pr. VII, 1, 15. § 6. XXXII, 1, 73. § 3. XXXIII, 9, 3. § 3. XXXIII, 6, 9. pr. § 2. XXXIV, 2, 25. § 11), 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 17. § 2), Modest. 9 Resp. (D. XXXIII, 10, 8).

Und solche Voraussetzung, wenn auch unausgesprochen, liegt auch da zu Grunde, wo die Juristen der mittleren oder späteren Kaiserzeit abstract gehaltene Definitionen geben, während da, wo die Definition eine concrete Beziehung hat, dieselbe als nach Maaßgabe der Willensbestimmung des Redenden gegeben anzusehen ist, wie z. B. bei

Ulp. 1 ad Ed. (D. L, 16, 1): verbum hoc: „Si quis" tam masculos, quam feminas complectitur; und ähnlich 3 ad Ed. (D. II, 1, 7. § 1), 29 ad Ed. (D. XV, 1, 1. § 3)[168]; ferner Scaev. 15 Dig. (D. XXXII, 1,

---

168) Anders dagegen in Ulp. 29 ad Ed. (D. XIV, 6, 9. § 3), wo gegenüber dem Edict in Dig. XIV, 6, 1. pr. ratiocinatio vorliegt. — Entgegengesetzte Definitionen s. A. 120. 121.

33. pr.), Paul. zu Lab. 1 Pithan. (D. XXXII, 1, 31) u. a. m.

Einer besonderen Beschränkung wird jedoch das Princip der aequitas in seiner Anwendung bei der definitio insofern unterworfen, als diese unstatthaft erklärt wird in dem Falle, wo ein Wort in einer Bedeutung verwendet wird, die in Widerspruch steht mit der durch die Nationalanschauung gegebenen, absoluten Bestimmung des begrifflichen Umfangs solchen Wortes, worauf in § 28 unter c näher zurückzukommen ist.

§ 24.

e. Interpretatio ex voluntate bei ambiguitas.

Bei der ambiguitas im engeren Sinne oder dergl. ist das Wort mehrdeutig und vertritt mehr als Einen Begriff (§ 12), daher hier nun das Princip der aequitas erfordert, daß diejenige Wortbedeutung maaßgebend sei, welche der Willensbestimmung des Redenden entspricht:

Auct. ad Her. IV, 53, 67: ambiguum: quom verbum potest in duas plurisve sententias accipi; set accipitur in eam partem, quam volt is, qui dixit;

Cic. de Inv. II, 40, 116: ex ambiguo — nascitur controversia, cum quid senserit scriptor obscurum est; § 117: qua in sententia scriptor fuerit, — — sumi oportebit; facile, quid verisimile sit eum voluisse, qui scripsit — — considerabitur;

Rhetoren bei Quint. J. O. III, 6, 43: ambiguitatem — — coniectura explicari necesse est, quia, cum sit manifestum verborum intellectum esse duplicem, de sola quaeritur voluntate;

Quint. VII, 9, 15: amphiboliae — omnis erit in his quaestio: — — utrum is, qui scripsit ac dixit, voluerit;

Vgl. Fortunat. Ars rhet. II, 11: ambiguitas — dividitur voluntate; Jul. Vict. Ars rhet. IV, 10: quid credibile sit voluisse latorem cernitur.

Dieses Princip der aequitas wird namentlich in Cic. p. Caec. vielseitig ventilirt (s. § 12) und hier nun durch folgende Argumente gestützt:

a. Das Object der richterlichen Entscheidung sind nicht Worte an sich, als vielmehr Thatbestände, die in Worten ausgedrückt sind, daher nicht nach Maaßgabe von Jenen, als vielmehr von Diesen die Wortbedeutung sich bestimmt:

Cic. p. Caec. 22, 63: in his causis non verba veniunt in iudicium, sed ea res, cuius causa verba haec in interdictum coniecta sunt;

b. Der Werth und die Bedeutung der Gesetze für den Verkehr beruht nicht auf ihren Worten, sondern auf ihrem Berufe, dem gemeinen Wohle zu dienen, daher nicht jene, sondern dieser die Wortbedeutung bestimmt:

Cic. p. Caec. 18, 50: cum voluntas et consilium et sententia interdicti intelligatur, impudentiam summam aut stultitiam singularem putabimus in verborum errore versari, rem et causam et utilitatem communem non relinquere solum, sed etiam prodere; vgl. 13, 37—39[169]);

c. es ist ein Ding der Unmöglichkeit, die Normen des bürgerlichen Verkehres auf das Wort an und für sich allein zu stützen:

Cic. p. Caec. 18, 51: an hoc dubium est, quin neque verborum tanta copia sit non modo in nostra lingua, quae dicitur esse inops, sed ne in alia quidem ulla, res ut omnes suis certis ac propriis vocabulis nominentur, neque vero quidquam opus sint verbis, cum ea res, cuius causa verba quaesita sint, intelligatur? Quae lex, quod SCtum, quod magistratus edictum, quod foedus aut pactio, quod, ut ad privatas res redeam, testamentum, quae iudicia aut stipulationes aut pacti et conventi formula non infirmari ac convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus, consilium autem eorum, qui scripserunt, et rationem et auctoritatem relinquamus? § 52: sermo hercule et familiaris et quotidianus non cohaerebit, si verba inter nos aucupabimur; denique imperium domesticum nullum

169) S. Thl. I S. 54 unter b. Beil. XVII § VI unter d.

erit, si servulis hoc nostris concesserimus, ut ad verba nobis obediant, non ad id, quod ex verbis intelligi possit, obtemperent. — — Non occurrit unicuique vestrum — exemplum, quod testimonio sit non ex verbis aptum pendere ius, sed verba servire hominum consiliis et auctoritatibus? 28, 81: nego ullam rem esse, quae aut comprehendi satis aut caveri aut excipi possit, si — verbo — ambigue posito re et sententia cognita non id, quod intelligitur, sed id, quod dicitur, valebit;

d. Das Princip der voluntas entspricht der vulgären aequitas oder Billigkeit d. i. dem nationalen Rechtsbewußtsein, wie der utilitas:

Cic. p. Caec. 28, 81: id verum, id aequum, id utile omnibus esse spectari, quo consilio et qua sententia, non quibus quidque verbis esset actum.

Eine Anerkennung dieses Principes der aequitas ist im Allgemeinen ausgesprochen von

Procul. 5 Epist. (D. L, 16, 125): existimo ad id, quod actum est, interpretationem redigendam esse: nam qui ambigue loquitur, id loquitur, quod ex his, quae significantur, sensit;

Maecian. 12 Fideic. (D. L, 17, 96); in ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset;

Paul. 14 Quaest. (D. XXXIV. 5, 3): in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus [170]);

---

170) Vgl. auch Diodor. Cronus bei Gell. XI, 12: nullum verbum est ambiguum nec quisquam ambiguum dicit aut sentit nec aliud dici videri debet, quam quod se dicere sentit is, qui dicit. At quum ego aliud sensi, tu aliud recepisti, obscure magis dictum videri potest, quam ambigue: ambigui enim verbi natura illa esse debuit, ut qui id diceret, duo plurave diceret. Nemo autem duo vel plura dicit, qui se sentit unum dicere. In diesem Sophisma ist wahr die These: nemo ambiguum sentit, falsch die These: nullum verbum est ambiguum; endlich die These: nemo ambiguum dicit ist wahr, insofern das Wort Ausdruck dessen ist, quod quis sentit, falsch aber insofern, als das, quod quis sentit, durch ein verbum ambiguum ausgedrückt wird.

sowie im Besonderen von

Lab. 2 Post. a Javol. epit. (D. XXXII, 1, 29. § 4): „Si Stichus et Dama servi mei in potestate mea erunt, quum moriar, tum Stichus et Dama liberi sunto et fundum illum sibi habento.“ Si alterum ex his post testamentum factum dominus alienasset vel manumisisset, neutrum liberum futurum Labeo putat.

Sed Tubero eum, qui remansisset in potestate, liberum futurum et legatum habiturum putat. Tuberonis sententiam voluntati defuncti magis puto convenire;

und übereinstimmend Marc. 6 Just. (D. XXXV, 1, 33. § 4);

Pomp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 29): Labeo scribit, si ita scriptum sit: „Titius et Seius, quanta quisque eorum ex parte heredem me habuerit scriptum, heres mihi esto“, nisi omnes habeant scriptum heredem testatorem, neutrum heredem esse posse, quoniam ad omnium factum sermo referatur.

In quo puto testatoris mentem respiciendum. Sed humanius est eum quidem, qui testatorem suum heredem scripserit, in tantam partem ei heredem fore, qui autem eum non scripserit, nec ad hereditatem eius admitti;

Marcell. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24): cum in testamento ambigue — scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est;

Paul. 6 Quaest. (fr. Vat. 227. D. XXVI, 2, 30): Apollinaris Paulo. Duo sunt Titi: pater et filius; datus est tutor Titius nec apparet, de quo sensit testator; quaero quid sit iuris? Respondit: is datus est, quem dare se testator sensit. Si id non atparet, non ius deficit, sed probatio; ergo neuter est tutor.

Hoc recriptum est in Sticho manumisso, si duo sint Stichi et incertum, de quo testator senserit vel si Erotem legaverit, qui plures eodem nomine habuit servos;

und übereinstimmend: 14 ad Plaut. (D. XXXIV, 5, 21), Marcian. 6 Jnst. (D. XXXV, 1, 33. § 1), Modest. 2 Pand. (D. XXVIII, 5, 62. § 1).

Im Uebrigen prägt sich das Princip der aequitas in der doppelten Modalität aus, wie in § 23, indem

a. theils die Entscheidung ohne Weiteres nach der voluntas des Redenden gegeben wird, und so von Trebat. und Labeo bei Javol. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 5), Sabin. bei Papin. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. § 2), Procul. 5 Epist. (D. L, 16, 125), Scaev. 20 Dig. (D. XXXII, 1, 39. pr.), Maecian. bei Ulp. 4 Fideic. (D. XXXVI, 1, 16. pr.), Papin. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 77. § 15);

b. theils die Entscheidung nach objectiv sprachlichen Gesetzen gegeben, dabei aber die Voraussetzung besonders ausgesprochen wird, daß die Willensbestimmung des Redenden damit übereinstimme oder davon nicht abweiche, (s. § 27 unter 1), so von Scaev. 5 Resp. (D. XXXV, 2, 25. § 1. XLV, 1, 135. pr.), Papin. 16, 18 Quaest. (D. XXXIV, 9, 12. XXX, 1, 90. pr.), Ulp. 22. 23. 24. 25 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. pr. § 1. L, 17, 17. XXX, 1, 49. § 3. XXXIV, 3, 5. § 3. XXXIII, 9, 1. XXXIII, 8, 6. § 3), 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 12), 4 Disp. (D. XXVIII, 6, 24).

Und solche Voraussetzung liegt auch zu Grunde, wo die ambiguitas ohne ausdrückliche Bezugnahme auf den Redenden von den späteren Juristen entschieden wird, so von Jul. de Ambiguit. (D. XXXIV, 5, 13. § 1.), Ulp. 38 ad Ed. (D. XLVI, 3, 29), Paul. de Instrum. Sign. (D. XXXII, 1, 99. pr.), Marc. 6 Inst. (D. XXXV, 1, 33. § 4).

§ 25.

f. Interpretatio ex voluntate bei contrariae leges.

Die contrariae leges oder dergl. als derjenige Interpretationsfall, wo zwei oder mehrere zusammengehörige Worte in einem zweifelhaften Verhältnisse des Widerspruches stehen, ergeben für die Interpretation die Aufgabe, solchen Zweifel zu beseitigen und entweder den Widerspruch als einen nur scheinbaren und unbeabsichtigten und damit das Nebeneinanderbestehen des scheinbar Widersprechenden darzulegen, oder aber den

Widerspruch als einen wirklichen und beabsichtigten zu begründen, aus welchem daher entweder die Prävalenz der einen Satzung vor der anderen oder die Aufhebung der einen durch die andere oder endlich die wechselseitige Aufhebung beider Satzungen durch einander sich ergiebt (vgl. Beil. XVII. A. 66). Das Princip der aequitas greift nun hierbei auf die Willensbestimmung des Redenden zurück und beseitigt somit den über die Beschaffenheit des Widerspruches obwaltenden Zweifel durch den Nachweis eines beabsichtigten oder aber nicht beabsichtigten Widerspruches der Willensbestimmung. Und in diesem Sinne wird nun auch auf die voluntas verwiesen von

Auct. ad Her. II, 10, 15: contrariae legis enodabimus voluntatem et eam trahemus ad nostrae causae commodum;

Cic. de Inv. II, 49, 147: oportet (sc. oratorem) — — suae legis ad scriptum ipsam sententiam adiungere, contrariam legem item ad aliam sententiam traducere, ut, si fieri poterit, ne discrepare quidem videantur inter se.

Im Einzelnen tritt dieses Princip der aequitas hervor bei

Labeo in Paul. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 20. § 1): si iam mortuo quadrans, alii dodrans datus sit et alius sine parte scriptus sit, — — eum, qui sine parte heres institutus sit, alterum assem habiturum et hanc mentem esse testantis;

Cels. 17 Dig. (D. L, 17, 188. pr.);

Afric. 5 Quaest. (D. XXXV, 2, 88. pr. § 1): qui CCCC habeat, CCC legavit, deinde fundum tibi dignum C — sub hac condicione legavit, si legi Falcidiae in testamento suo locus non esset. Quaeritur, quid iuris est? Dixi τῶν ἀπόρων hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos τοῦ ψευδομένου dicitur: etenim quidquid constituerimus verum esse, falsum reperietur; namque si legatum tibi datum valere dicamus, legi Falcidiae locus erit ideoque deficiente condicione non debebitur; rursus si, quia condicio deficiat, legatum valiturum non sit, legi Falcidiae locus non erit; porro si legi locus non sit, existente condicione legatum tibi debebitur.

Quum autem voluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum ceterorum legata minui nollet, magis est ut statuere debeamus, tui legati condicionem defecisse.

Quid ergo dicemus, si CC legavit et tibi similiter sub eadem condicione CC legata esse proponantur? Nam aut extitisse aut defecisse legati tui condicionem, ut aut totum aut nihil tibi debeatur, et iniquum et contra voluntatem testatoris existimabitur; rursus partem deberi rationi non congruit, quando necesse est totius legati condicionem vel extitisse vel defecisse. Ergo per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erit;

Justinian. in Cod. VI, 37, 23. pr.: si quis cuidam agrum Cornelianum puta vel alium quempiam in solidum legaverit, deinde alii partem eius dimidiam, — quum — manifestissimum est, eum, qui ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit, alii autem postea sex, recessisse quidem a priore voluntate, voluisse autem minui eam sex unciis, quum alii eas obtulit, et praesens casus exitum apertissimum inveniet. Si quis itaque vel agrum vel hereditatem reliquerit primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam, utrumque in sex uncias esse vel dominum rei legatae vel heredem. — — Et sic in omnibus statuendum est id est in hereditatibus vel fideicommissis; vestigia enim voluntatis testatoris non aliter, nisi per huiusmodi viam aestimanda sunt.

§ 26.

g. Relevanz des die Willenserklärung beeinflussenden error, dolus und vis.

Dafern jene Mangelhaftigkeit der Willenserklärung, welche die Interpretationsfälle in § 21—25 begründete, auf einem error des Redenden oder der Beeinflussung mittelst dolus oder vis eines Dritten beruht, so unterstellen die Quellen solche Vorkommnisse einer besonderen Betrachtung. Die hierdurch ge-

gebene besondere Qualification jener Interpretationsfälle hat indeß lediglich vom Standpunkte des Proceßrechtes aus eine gewisse innere Berechtigung, insofern der dolus ein eigenes Rechtsmittel begründet, welches die wirkliche Willensbestimmung gegenüber der mangelhaften Willenserklärung zur Geltung bringt; dagegen vom Standpunkte des Civilrechts aus hat jene Unterscheidung durchaus keinen systematischen Werth; denn weder error, noch dolus oder vis modificiren oder beseitigen den allgemeinen principiellen Satz, daß die mangelhafte Willenserklärung nach Maaßgabe der wirklichen Willensbestimmung des Redenden rectificirt wird. Daher ist vom systematischen Standpunkte aus der Satz correcter: die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung ist und bleibt auch dann als solche juristisch relevant, wenn sie durch error, dolus oder vis beeinflußt ist (vgl. A. 464), als der Satz, daß error, dolus oder vis in ihrem Einflusse auf die Willenserklärung relevant sind. Insbesondere nun

A. die stillschweigende Willenserklärung, welche durch error des Handelnden oder durch dolus oder vis eines Dritten beeinflußt ist, ist nichtig: denn da die Geltung des betreffenden Verhaltens des Handelnden als einer Willenserklärung desselben nur darauf beruht, daß aus dem Ersteren die Letztere gefolgert wird (§ 15), so fällt nun die Statthaftigkeit solcher Schlußfolgerung und damit zugleich die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung selbst hinweg, sobald jenes Verhalten des Handelnden durch error, dolus oder vis beeinflußt war, somit also gar nicht die Bedeutung hatte, die bei der Folgerung einer stillschweigenden Willenserklärung mit logischer Nothwendigkeit vorausgesetzt werden muß. Dieser Satz findet in den Quellen auch Anerkennung:

1. bezüglich der durch error beeinflußten Willenserklärung, indem z. B. die patientia gegenüber der Errichtung eines das Grundstück des patiens mit Wassergefahr bedrohenden Werkes keine stillschweigende Gestattung desselben ist, wenn der patiens von der Errichtung des Werkes selbst gar nichts weiß; oder die pro herede gestio ausgeschlossen wird durch die irrige Annahme des gerens, daß diejenigen Rechtsobjecte seine eigenen seien, auf welche das gerere sich richtet; oder die stillschweigende

Prorogation auf ein incompetentes Gericht ausgeschlossen wird durch die irrige Annahme seiner Competenz[171]).

2. Bezüglich der durch dolus beeinflußten Willenserklärung gelten gleiche Sätze, da der dolus ja in der Weise wirkt, daß er den dadurch Beeinflußten in einen error versetzt; während

3. Bezüglich der durch vis beeinflußten stillschweigenden Willenserklärung Gleiches bekundet wird in dem Falle, daß der Tutor zur Anwesenheit bei einem mit dem Pupillen abgeschlossenen Geschäfte genöthigt wird, wo solcher praesentia der Werth einer stillschweigend erklärten auctoritas abgesprochen wird[172]).

B. Die verbale Willenserklärung, dafern in solcher die wirkliche Willensbestimmung durch error, dolus oder vis gefälscht wird, wird berichtigt nach Maaßgabe dieser wirklichen Willensbestimmung und in dieser Emendation dann aufrecht erhalten. Diese Ordnung wird bekundet

1. bezüglich des error, welcher in dreifacher Form in der Willenserklärung sich offenbaren kann[173]), nämlich einestheils als irrthümliche Auslassung von Worten oder Sätzen[174]); sodann als irrthümliche Vertauschung des richtigen mit dem falschen Worte, sei dies Vertauschung der richtigen mit der falschen Individual- oder Art-Benennung oder Prädicatsbe-

---

171) Pomp. 34 ad Sab. (D. XXXIX, 3, 20). — Ulp. 61 ad Ed. (D. XXIX, 2, 20. pr). — Ulp. 2 de Omn. Trib. (D. II, 1, 15), 3 ad Ed. (D. V, 1, 2. pr.). Vgl. hierüber und wegen anderer Beispiele Voigt im Archiv. f. civil. Praxis. 1870. Bd. 53. § 4 unter A. 1.

172) Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVI, 8, 1. § 1): tutor si invitus retentus sit per vim, non valet, quod agitur; neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo comitiali occupatus tacuisset; ähnlich auch Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 1, 20. § 10): si detenti sint inviti ibi testes, putant non valere testamentum.

173) Vgl. hierüber Voigt a. O. § 3. 4.

174) So Marcell. bei Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 5): qui condicionem (sc. heredis institutioni) destinans inserere non addidit, pro non instituto putat, wozu vgl. Voigt a. O. A. 22. Dies ordnet sich unter entweder dem scriptum et voluntas oder der ratiocinatio, vgl. z. B. Pap. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. pr.) in § 28. Pomp. 27 ad Sab. (D. XXII, 1, 3) in § 15 unter a. Marcell. 3 Dig. (D. XLV, 1, 94) bei A. 164. — Wegen des Irrthums in der documentalen Bekundung der Willenserklärung s. Voigt a. O. § 4 unter E.

zeichnung: error in nomine, praenomine oder dergl., und error in vocabulo oder in syllaba genannt[174a]), sei es Vertauschung der richtigen Individual= oder Art=Benennung des betreffenden Denkobjectes mit einer falschen Umschreibung: falsa demonstratio; endlich als fehlerhafter Zusatz zu jenem Denkobject, wodurch dem Letzteren ein Prädicat in Form der Umschreibung beigefügt und zugleich ein Irrthum in der Willenserklärung begangen wird: ebenfalls falsa demonstratio genannt[174b]). Und diesem Irrthum in der Willenserklärung sind gleichgestellt zwei Fälle des Irrthums in der Willensbestimmung, nämlich zunächst die falsa demonstratio, welche einem Denkobjecte eine irrige Qualitätsbestimmung beifügt, dabei aber lediglich die Bedeutung einer solches Object veranschaulichenden Declaration hat; und sodann die vera demonstratio, welche zu dem einen Irrthum in der Willensbestimmung enthaltenden Worte hinzu= tritt und diesfalls gleichermaaßen eine Declaration desselben bietet[174c]).

Hier. allenthalben aber erfordert das Princip der aequitas die Prävalenz der wirklichen Willensbestimmung vor der falschen Willenserklärung, somit die Ordnung: das Gewollte, nicht das

---

174a) So Serv. bei Pomp. 2 ad Sab. (D. V, 1, 80): si in iudicis nomine, praenomine erratum est, respondit, si ex conventione litigatorum is iudex addictus esset, eum esse iudicem, de quo litigatores sensissent; Jul. 24 Dig. (D. XXXVII, 11, 8. § 2), Scaev. 4 Resp. (D. XL, 4, 54. pr.), Gai. 2 de Leg. ad Ed. Praet. (D. XXXV, 1, 17. § 1) und das Weitere bei Voigt, a. O. § 4 unter A 2 b aa.

174b) So Alfen. Var. 5 Dig. (D. XXXV, 1, 27), Ped. 1 Stip. bei Paul. 28 ad Ed. (D. XII, 1, 6) u. a. m. S. Voigt a. O. § 3 unter A 1. B 1. § 4 unter A 2 b bb und c.

174c) So in ersterer Beziehung Trebat. Ofil. und Lab. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 4), Sabin. bei Pap. 18 Quaest. (D. XXXV, 1, 72. § 8) u. a. m., in letzterer Beziehung Afric. 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108. § 10), Scaev. 17 Dig. (D. XXXII, 1, 102. § 1), Gai. 1 ad Ed. Praet. (D. XXX, 1, 65 pr.) und dazu A. 197. Eine Ausnahme bildet jedoch das legatum debiti, wo, ausgehend von dem legatum pecuniae pro dote debitae, der Irrthum ganz verschieden behandelt wird, indem derselbe als irrelevant gilt und somit das Legat in der ausgesprochenen Maaße gültig ist: Serv. bei Lab. 2 Post. a. Jav. epit. (D. XXXIII, 4, 6. pr.). S. A. 656, Voigt, a. O. § 3 unter B 2 aa. § 4 unter B. C.; vgl. unten § 28 unter d bb.

Gesagte ist rechtsverbindliches Element des Rechtsactes und hat somit maaßgebende Geltung, wogegen dem Gesagten an sich der juristische Werth um deßwillen versagt bleibt, weil ihm ein wirklicher Wille gar nicht unterliegt:

Paul. 14 Quaest. (D. XXXIV, 5, 3): qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.

Und diese Consequenz prägt sich auch aus in dem für die obigen Verhältnisse maaßgebenden Rechtssatze, daß die irrige Willenserklärung nach Maaßgabe der wirklichen resp. der wahren Willensbestimmung berichtigt und in solcher Emendation aufrecht erhalten wird[175]), ein Satz, dessen Geltung nur insoweit einer singulären Beschränkung unterliegt, als die Berichtigung der irrigen Willenserklärung da nicht zugelassen wird, wo der Redende Denkobjecte unter dem gebrauchten Worte mit einbegreift, welche die Nationalanschauung davon unbedingt ausschließt, worüber vgl. § 28 unter c.

2. Dafern der dolus Jemandes bewirkt, daß die wirkliche Willensbestimmung des Anderen in eine falsche Willenserklärung sich kleidet, so treten dann, wenn durch solche falsche Willenserklärung der Redende zugleich geschädigt wird, neben die in der Interpretations-Theorie gebotenen Rechtshülfen auch noch die Rechtsmittel wegen dolus oder resp. die bon. fid. actio. Die Quellen bestätigen dies durch folgende Beispiele:

a. der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung, dem Abkäufer die auf den verkauften Grundstücken oblastenden Servituten anzugeben oder dafür zu haften, auch wenn der Verkäufer selbst solche Servituten nicht kannte, ward derogirt entweder durch die Clausel der Mancipation: servitutes, si quae debentur, debebuntur oder itinera, actus, quibus sunt utique sunt, ut ita sint, oder aber durch einen Vorbehalt bei Abschluß der

---

175) Vgl. Voigt, a. O. § 4, sowie noch Cic. p. Caec. 18, 51. in § 24 unter b und insbesondere Paul. 4 ad Sab. (D. XXXIII, 10, 3. § 5): si in argento relatum sit candelabrum argenteum, argenti esse videtur et error ius facit, wo der Irrthum darauf beruht, daß in der römischen Kaiserzeit das silberne Hausgeräth nicht dem argentum factum: dem Silberzeuge, sondern der supellex: dem Hausrathe beigerechnet wird: s. A. 186a.

emtio venditio, so z. B. nulla quidem servitus debetur, verum ne emergat inopinata servitus, non teneor. Dafern nun der Verkäufer solche Reservation aussprach, wohl wissend, daß in der That das Grundstück mit Servituten belastet war und somit insofern den Abkäufer täuschend, als er diesen glauben machte, daß er von einer Belastung des Grundstückes mit Servituten Nichts wisse, vielmehr lediglich aus geschäftlicher Vorsicht solchen Vorbehalt ausspreche, so wird nun durch solchen Dolus des venditor eine Disharmonie zwischen der Willensbestimmung und Willenserklärung herbeigeführt, welche für den emtor a. emti begründet:

Veteres bei Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39): qui sic exceperat (sc. in mancipatione): „Servitutes, si quae debentur, debebuntur," — — si certus venditor quibusdam personis certas servitutes debere non admonuisset emtorem, ex emto eum teneri debere, quando haec generalis exceptio non ad ea pertinere debeat, quae venditor novit quaeque specialiter excipere et potuit et debuit, sed ad ea, quae ignoravit et de quibus emtorem certiorare nequivit;

Scaev. 2 Quaest. (D. XXI, 2, 69. § 5): qui fundum mancipat (Trib.: tradit) et, quum sciat certam servitutem deberi, perfusorie dixerit: „Itinera, actus, quibus sunt utique sunt, ut ita sint" recte recipit et (so Hal.) evictionis quidem nomine se liberat, sed quia decipit emtorem, emti iudicio tenetur;

Ulp. 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. § 1); Modestin. l. c.

b. Der Verkäufer hat die Verpflichtung, dem Abkäufer anzugeben, dafern innerhalb seiner Gränzen ein locus sacer, religiosus oder publicus enthalten ist und haftet im Unterlassungsfalle mit a. emti. Um nun für den Fall sich zu sichern, daß eine Parzelle, deren diesfallsige Qualität als extra commercium dem Verkäufer unbekannt war, später als solche nachgewiesen wurde und daraus dem Verkäufer eine Haftverbindlichkeit erwüchse, so ward der Mancipation öfter die Clausel inserirt: Si quid sacri aut religiosi aut publici est, eius nihil venit. Inserirte nun der Verkäufer der Mancipation solche Clausel, wohl wissend, daß eine Parzelle des verkauften

Grundstückes sacrum oder religiosum oder publicum war, den Abkäufer aber in die Meinung versetzend, es sei ihm, dem Verkäufer etwas Derartiges nicht bekannt, so wird nun gegen solche dolose Geschäftsformulirung dem Abkäufer die a. emti gegeben:

Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39): quaero, si quis ita fundum vendiderit, uti venundatum esse videatur, quod intra terminos ipse possedit, sciens tamen aliquam partem certam se non possidere, non certioraverit emtorem, an ex emto iudicio teneatur, quum haec generalis adiectio (sc. „Si quid sacri aut religiosi aut publici est, eius nihil venit" mancipationi facta) ad ea, quae specialiter novit, qui vendidit, nec excepit, pertinere non debeat, ne alioquin emtor capiatur, qui fortasse, si hoc cognovisset, vel emturus non esset vel minoris emturus esset, si certioratus de certo loco fuisset.

c. Der Verkäufer hat die Verpflichtung, dem Abkäufer die auf dem erkauften Grundstücke liegenden Steuern anzugeben; in dem öffentlichen Verkaufsanschlage giebt er der Wahrheit zuwider an, das Grundstück schulde nur Einem municipium ein vertigal, während es mehreren solche schuldet; das instrumentum venditionis wird dann dahin redigirt: si qua tributorum aut vectigalis indictionisve nomine aut ad viae collationem praestare oporteret, id emtorem dare, facere praestareque oportere. Wegen solcher dolosen Redaction des Kaufinstrumentes hat dann der Abkäufer die a. emti:

Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 6).

d. Gleiches gilt in dem Falle, wenn in der Mancipation des verkauften Sclaven zwar angegeben ward, derselbe sei statu liber, aber arglistig die condicio verschwiegen ward, auf welche die libertas des Letzteren gestellt ist:

Scaev. 2 Quaest. (D. XXI, 2, 69 § 5.)

3. Eine Einwirkung mittelst vis auf die Willenserklärung Jemandes ist bei mündlich abgeschlossenen Geschäften nicht möglich, ohne die Willensbestimmung des Gezwungenen in Mitleidenheit zu ziehen, da auf die Zunge allein des Redenden ein entsprechender Zwang sich nicht ausüben läßt. Daher kommt lediglich der Fall in Betracht, daß durch eine mittelst

Gewalt ermöglichte mechanische Führung der Hand Jemandes demselben eine schriftliche Willenserklärung abgenöthigt und so eine der Willensbestimmung nicht entsprechende Aeußerung hergestellt wird. Dieser Fall wird nun zwar in den Quellen nicht behandelt, allein die Ordnung unter 1 und 2 weist darauf hin, daß auch diesfalls die Willensbestimmung prävalire und somit solche Willenserklärung unwirksam ist.

§ 27.
Hülfsmittel der Interpretation nach dem Principe der aequitas.

Das Princip der aequitas, welches die Willensbestimmung zum rechtsverbindlichen Elemente des Rechtsactes erhebt und derselben das Uebergewicht über die Willenserklärung im Differenzfalle beilegt, hat, wie in § 28 darzulegen ist, in seiner Anwendung mannichfache Uebelstände, insbesondere aber den, daß dieses Princip für den Lebensverkehr und die Rechtspflege in hohem Maaße unpraktisch ist: sich stützend auf eine psychische und somit rein innerliche und übersinnliche Action, wie dies die durch eine Willenserklärung nicht gedeckte Willensbestimmung ist, überweist es dem Respondenten, wie dem Richter eine Aufgabe, deren correcte und vollkommen principgemäße Lösung durchgehends schwierig, in vielen Fällen dagegen geradezu unmöglich ist, weil die Mittel zu ihrer Lösung im einzelnen Falle schlechthin fehlen (vgl. § 28): denn indem die kundgegebene Willenserklärung nur einen nicht wirklichen Willen des Handelnden offenbart, der wirkliche Wille aber der conformen Kundgebung ermangelt, so ist damit dem Respondenten und Richter der erforderliche Stützpunkt für die sinnliche Wahrnehmung entzogen, von welcher aus derselbe bis zur Erkenntniß der betreffenden internen Willensaction mit Sicherheit vordringen könnte. Solche Mängel und Uebelstände jenes Princips sind nun auch erweislich in dem römischen Leben zu Tage getreten (§ 61) und haben die Rechtstheorie bestimmt, die daraus für den Lebensverkehr sich ergebenden Nachtheile abzuschwächen. Die Mittel und Wege selbst aber, welche zu solchem Zwecke eingeschlagen wurden, sind dreifältige und zwar theils Angabe von Hülfsmitteln zur Erkenntniß der ungewissen Willensbe-

stimmung, durch welche somit die Anwendung des Principes erleichtert wurde; theils sodann Beschränkungen der Geltung des Principes selbst; theils endlich Modificationen der Consequenzen des Letzteren. Die letzteren beiden Momente sind in § 28 zu betrachten; was dagegen die Hülfsmittel zur Erkenntniß der zweifelhaften Willensbestimmung eines Rechtsactes betrifft, so finden wir dergleichen bereits frühzeitig, nämlich von Cicero in reicher Anzahl dargelegt[176]) und später dann in den Rechtswerken wiederholt; und zwar sind dies folgende:

1. der allgemein sprachliche Sinn der gebrauchten Worte, so nach Cic. in Beil. XVII. § V unter a, § VI unter c und den in § 23 a. E. § 24 a. E. citirten Stellen, sowie nach

Cels. 33 Dig. (D. I, 3, 19): in ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim quum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit;

Ulp. 28 ad Ed. (D. XIV, 1, 1. § 20): in re — dubia melius est verbis edicti servire; 47 ad Sab. (D. XLVI, 4, 6).

Und dem ordnen sich auch unter Sentenzen, wie von

Paul. 6 ad Ed. (D. L, 17, 110. § 3): ubi verba coniuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum.

Vgl. § 21 a. E. § 22 a. E. § 23 unter b. § 24 unter b.

Ingleichen gehört hierher der Satz, daß das Wort so lange bindende Kraft habe, als nicht ein abweichender Sinn des Redenden mit Sicherheit nachgewiesen ist:

Marcell. Resp. (D. XXXII, 1, 69): non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est aliud sensisse testatorem;

Justinian. im Cod. VI, 28, 3: quum — — manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valet, ut melior sensu exsistat.

Anwendungen bieten Trebat. bei Lab. 2 Post. (D. XXXII, 1, 30. pr.), Alfen. Var. 4 Dig. (D. XVIII, 1, 40 pr. § 3),

---

176) Beil. XVII. § IV—VIII. Die griechischen und späteren römischen Rhetoren beschäftigen sich nicht mit den Hülfsmitteln der Interpretation, als vielmehr mit deren Topen. Im Uebrigen vgl. Boetzelaer in A. 159 cit. S. 32 fg.

Jul. 5. 35 Dig. (D. XXX, 1, 79. VII, 1, 34. pr.), Scaev. 15 Dig. (D. XXXII, 1, 33. § 1), Ulp. 5 Fideic. (D. XL, 5, 24. § 17), Carac. im C. Just. VI, 42, 6.

2. Die systematischen Beziehungen der Willenserklärung, sei es in ihren einzelnen Theilen, sei es zu anderen juristischen Willenserklärungen der nämlichen Persönlichkeit, so Cic. in Beil. XVII § VI unter a und so auch

Cels. 9 Dig. (D. I, 3, 24): incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere;

vgl. Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXII, 1, 75), 24 ad Sab. (D. XXX, 1, 50. § 3), Paul. 4 Quaest. (D. I, 3, 26. 28), Valens 1 Fideic. (D. XXXIV, 1, 22. pr. s. unter 3).

3. Die historischen Beziehungen der Willenserklärung und zwar ebenso zu der Individualität ihres Autor, wie zu Ort und Zeit, worin der Autor lebt, als auch zu den Verhältnissen des Redenden gegenüber dem durch den Rechtsact betroffenen Dritten, so nach Beil. XVII § VI unter b, sowie nach

Javol. 3 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 5, 28): qui habebat Flaccum fullonem et Philonicum pistorem, uxori Flaccum pistorem legaverat; quis eorum et num uterque deberetur? Placuit primo eum legatum esse, quem testator legare sensisset; quod si non appareret primum inspiciendum esse, an nomina servorum nota habuisset; quodsi habuisset, eum deberi, qui nominatus esset, tametsi in artificio erratum esset; sin autem ignota nomina servorum essent, pistorem legatum videri perinde ac si nomen ei adiectum non esset[177].

Ulp. 24 ad Sab. (D. XXX, 1, 50. § 3): si numerus numorum legatus sit neque apparet, quales sunt legati, ante omnia ipsius patris familias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est; sed et mens patrisfamilias et legatarii dignitas vel caritas et necessitudo — — sunt spectanda;

177) Ersterenfalls liegt error in vocabulo schlechthin, letzterenfalls error in nomine vor; s. § 26. Voigt im Arch. f. civil. Prax. 1870. Bd. 53. A. 16.

Val. 1 Fideic. (D. XXXIV, 1, 22. pr.): quum alimenta per fideicommissum relicta sunt non adiecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quae defuntus solitus fuerat ei praestare, deinde quid ceteris eiusdem ordinis reliquerit; si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti et caritate eius, cui fideicommissum datum erit, modus statui debebit; und das. (D. XXXII, 1, 12) s. in § 22;

und so auch Alfen. Var. 5 Dig. (D. XXXV, 1, 27), Labeo bei Javol. 1 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 39. § 1), Ped. bei Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIII, 7, 18. § 3), Cels. 1 Dig. (D. XXIV, 1, 47), 37 Dig. (D. XXXI, 1, 30. s. in § 22), Sab. bei Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXIII, 6, 9. pr.), Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 33), Scaev. 3 Resp. (D. XXXIII, 7, 20. § 7), 15 Dig. (D. XXXII, 1, 33. § 2), Papin. 7 Resp. (D. XXXII, 1, 91. § 3. 4). Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXII, 1, 75). 23 ad Sab. (D. XXXIII, 6, 9. § 3), 2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 17. § 4), 73 ad Ed. (D. XX, 1, 6), Paul. sing. de Instr. sign. (D. XXXII, 1, 99), in Lab. 1 Pith. (D. XXXII, 1, 31), 4 ad Sab. (D. XXXIII, 10, 3. § 5), Hermog. 2 Jur. Epit. (D. XXXIII, 6, 10).

Und diesem Gesichtspunkte ordnen sich auch unter, wo auf jene historischen Beziehungen nicht verwiesen ist, wie z. B.

Ulp. 50 ad Sab. (D. XLV, 1, 41. pr.): eum, qui kalendis Jan. stipulatur, — — si — non addat, quibus Januariis, facti quaestionem inducere, quid forte senserit; — — si autem non appareat, dicendum est, quod Sabinus, primas kal. Jan. spectandas.

Florent. 8 Inst. (D. XVIII, 1, 43. § 1): si quis hominem luminibus effossis emat et de sanitate stipuletur, — de cetera parte corporis potius stipulatus videtur, quam de eo, in quo se ipse decipiebat.

4. Der Eigenwerth des Resultates der Interpretation[178],

178) Eine nur negative Bedeutung hat die deductio ad absurdum einer entgegenstehenden Interpretation, worüber s. Beil. XVII. A. 50.

wobei als Maaßstab für solchen gegeben ist dessen Uebereinstimmung

a. mit der aequitas oder Billigkeit d. i. dem nationalen Rechtsbewußtsein selbst, so nach Cornific., Cic., Quint. und Fortunat. in Beil. XVII § VI unter d, bb. § VII unter a. § VIII unter g, sowie

Javol. 7 Epist. (D. L, 17, 200): quoties nihil sine captione investigari potest, eligendum est, quod minimum habet iniquitatis;

Leo et Anthem. in C. Just. VI, 61, 5: consequens est ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benigne atque naturalis iuris moderamine temperare[179]).

Eine anschauliche Anwendung bietet Ulp. 26 ad Ed. (D. L, 17, 41. § 1 s. unter c), wo das dritte Princip der aequitas als Maaßstab der Interpretation aufgestellt ist, dem entsprechend dasselbe auch z. B. von Papin. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. pr.) zur restrictiven Interpretation eines Rechtssatzes verwendet wird, sowie

Papin. 9 Resp. (D. XXXV, 1, 102): quum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petiit, ut, si intra annum XXX moreretur, hereditatem patruo suo restitueret; nepos liberis relictis intra annum suprascriptum vita decessit; fideicommissi condicionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum quam dictum fuerat, inveniretur,

wo auf die sanguinis ratio, somit das erste Princip der aequitas die restrictive Interpretation gestützt wird, und was gleichermaaßen auch der Fall ist bei Scaev. 16 Dig. (D. XXXIV, 3, 28. § 3).

b. mit der honestas oder den boni mores, nach Cic. in Beil. XVII, § IV. V unter b. § VI unter d, bb. § VIII unter a.

c. mit der utilitas, sei dies Gemeinwohl und zwar Staats-

179) Wegen des ius naturale als einer mit der aequitas übereinstimmenden Norm s. Thl. I § 61. 69.

interesse (utilitas publica) oder Interessen der bürgerlichen Gesellschaft (utilitas privata), sei es das Sonderinteresse des Paciscenten oder des durch den Rechtsact betroffenen Dritten. Diesen Maaßstab des Eigenwerthes der Interpretation heben hervor Cic. in Beil. XVII, § IV. V unter b. § VI unter d, bb. § VIII unter a, sowie Ped. bei Ulp. 1 ad Ed. Aed. cur. (D. I, 3, 13) s. § 22, und

Ulp. 2 Disp. (D. V, 1, 66): si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id, quod utilius ei est, accipiendum est;

Modest. 8 Resp. (D. I, 3, 25): nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut, quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem;

wogegen Anwendungen bieten

Labeo bei Venul. 1 Interd. (D. XLIII, 23, 2) s. in § 22; Tryphon. 14 Disp. (D. XXVI, 3, 10): utilitatem pupillorum praetor sequetur, non scripturam testamenti vel codicillorum; nam patris voluntatem praetor ita accipere debet, si non fuit ignarus scilicet eorum, quae ipsa praetor de tutore comperta habet; Ulp. 52 ad Ed. (D. XXXVI, 4, 5. § 25), 67 ad Ed. (D. XLIII, 3, 1. § 3), Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 9), vgl. auch Pap. 8 Quaest. (D. XI, 8, 43), sowie § 28 unter b.

Bei Collision aber der Sonderinteressen zweier Parteien greift das dritte Princip der aequitas: nemo cum damno alterius locupletior fieri debet ergänzend und schlichtend ein: die Interpretation nimmt zu ihrem Maaßstabe die utilitas desjenigen, dessen Interessen nur auf Abwendung einer Vermögensschädigung sich richten und wendet sich somit gegen die andere Partei, deren Rechtsanspruch auf eine Bereicherung abzielt:

Ulp. 26 ad Ed. (D. L, 17, 41. § 1): in re obscura melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro; vgl. Pomp. 22 ad Sab. (D. L, 17, 33), Ulp. 15 ad Ed. (D. L, 17, 126. § 2), Herm. 3 Jur. Ep. (D. L, 17, 98).

Indem daher diesem Maaßstabe die Berücksichtigung der Sonderinteressen des betreffenden Rechtssubjectes mit unterfällt, so wird nun auch mehrfach die solchen Maaßstab anlegende Interpretation als benigna [180]) prädicirt, so von

Cels. 29 Dig. (D. I, 3, 18) f. § 19 a. E. Marcell. 29 Dig. (D. XXVIII, 4, 3. L, 17, 192. § 1): in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est, quam tutius; Gai. 3 de Legat. ad Ed. Urb. (D. L, 17, 56): semper in dubiis benigniora praeferenda sunt; Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIII, 4, 9), 12 Epist. (D. XXXV, 1, 112. § 1), Scaev. 3 Resp. (D. XXXIV, 1, 20. § 1), Ulp. 2 Resp. (D. XXXIX. 5, 16), Anton. Phil. in C. Just. VI, 27, 1. vgl. Ulp. 4 Resp. (D. XL, 1, 4. § 7), Paul. 15 ad Sab. (D. VIII, 2, 20. § 2).

Lediglich specielle Beziehungen der Interpretation nach der utilitas bieten endlich

Jul. 87 Dig. (D. L, 17, 67): quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est;

Ulp. 74 ad Ed. (D. XLV, 1, 80): quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit; 4 Fideic. (D. XXXVI, 1, 16. pr.): in ambiguo — magis de successione sensum dico (sc. si patrimonium restituere quis fuerit rogatus fideicommisso), ne intercidat fideicommissum;

Paul. 14 ad Plaut. (D. XXXIV, 5, 21): semper in dubiis id agendum est, ut quam tutissimo loco res sit bona fide contracta, nisi quum aperte contra leges scriptum est.

---

180) Wegen dieses benignum s. Thl. I A. 530 und ein weiteres Beispiel in A. 189. Dagegen in dem Sinne von clementer steht benigne interpretari hinsichtlich der Strafgesetze insbesondere, so bei Paul. 65 ad Ed. (D. L, 17, 155. § 2) u. a. m. s. Thl. I A. 530. vgl. Hermog. 1 Epit. (D. XLVIII, 19, 42). Wegen noch anderen Sinnes von benignum s. A. 669.

d. mit den bestehenden Einrichtungen und Zuständen, wie mit den regelmäßigen Vorkommnissen des Lebens und Verkehres, so nach Cic. in Beil. XVII, § VI unter d, aa, sowie

Jul. 29 Dig. (D. L, 17, 64): ea, quae raro accidunt, non temere in agendis negotiis computantur;

Paul. 9 ad Ed. (D. L, 17, 114): in obscuris inspici solet, quod verisimile est aut quod plerumque fieri solet (s. A. 181).

§ 28.

Modificationen des Principes der aequitas bei der Interpretation.

Indem die Aufgabe aller juristischen Interpretation dahin sich stellt, daß der mangelhaften Willenserklärung ein befriedigender Sinn abgewonnen, insbesondere aber bei Anwendung des Principes der voluntas die jener Willenserklärung zu Grunde liegende wirkliche Willensbestimmung erkannt werde, so bleibt nun solche Aufgabe der Interpretation ungelöst, sobald zu einer sichereren[181]) Erkenntniß dieser Willensbestimmung im concreten Falle nicht zu gelangen ist: es fehlt dann die erforderliche processualische Gewißheit hinsichtlich eines in allen Fällen wesentlichen thatbeständlichen Momentes und der Rechtsact verliert in Folge dessen seine Wirksamkeit:

Alfen. Var. 5 Dig. (D. XXXIV, 8, 2) s. § 19 a. E., Cels. 17 Dig. (D. L, 17, 188. pr.), Jul. 15 Dig. (D. XVIII, 2, 17), Marcell. 5 Dig. (D. XLV, 1, 95) und bei Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 5 z. A. s. Beil. XVIII, A. 13);

Pomp. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 5. § 5): si plures sint eiusdem nominis servi, puta plures Erotes,

---

181) Verisimile sagen Marcell. Resp. (D. XXXV, 1, 36. § 1), Papin. 6 Resp. (D. XXVIII, 6, 41. § 5), Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. pr.), 73 ad Ed. (D. XX, 1, 6), Paul. 9 ad Ed. (D. L, 17, 114. s. § 27 a. E.); credibile: Marcell. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24) s. § 24; apertissimae probationes: Modest. 2 Pand. (D. XXVIII, 5, 62. § 1) s. oben; evidentissimae probationes: Ulp. 3 Disp. (D. XII, 4, 6. pr.), 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 34. § 3); vgl. Marcian. 6 Inst. (D. XXX, 1, 88) und § 27 unter 1.

nec appareat, de quo actum sit, nullam fieri condemnationem;

Papin. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. pr.): ita stipulatus sum: „Te sisti in certo loco; si non steteris, L — dari spondes“? Si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, quum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio non secus ac si, quod pondere, numero, mensura continetur, sine adiectione ponderis, numeri, mensurae stipulatus essem vel insulam aedificari non demonstrato loco vel fundum dari non adiecto nomine, wozu vgl A. 164;

Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIV, 4, 3. § 7): si duobus Titiis separatim legaverit et uni ademerit nec appareat, cui ademtum sit, utrique legatum debebitur, quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum; 5 Disp. (D. XXX, 1, 75. § 1): si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum neque Titius debeat, sciendum est nullum esse legatum et quidem, si quantitas non sit adiecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non apparet, quantum fuerit legatum; 6 Disp. (D. XXXIV, 5, 10. pr.); 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 2. § 5);

Paul. 6 Quaest. (fr. Vat. 227. D. XXVI, 3, 30. f. in § 24): si id non atparet, non ius deficit, sed probatio: ergo neuter est tutor; 26 ad Ed. (D. XL, 4, 31); Sent. rec. III, 4[b], 3; 19 Resp. (D. XXXIV, 5, 4);

Modest. 2 Pand. (D. XXVIII, 5, 62. § 1): quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet, — — nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit; 1 Reg. (D. XXXIV, 5, 27).

Diese Eventualität der Anwendung des fraglichen Principes wird nun um so bedenklicher durch die in § 27 hervorgehobene Schwierigkeit in der Anwendung dieses Principes überhaupt. Zur Abschwächung der hieraus für den Rechtsverkehr sich ergebenden Gefährdung hat nun die Jurisprudenz mehrfache

Regeln aufgestellt, welche als Modificationen jener Consequenz des Principes sich ergeben, nämlich

A. Bei einseitigen Rechtsacten:

1. für den Fall, daß beim Legate nicht festzustellen ist, welches von mehreren gleichartigen und den Worten des Legates unterfallenden Objecten der Testator im Sinne hatte, gilt das Legat und der Erbe hat die Wahl zwischen den mehreren Objecten, so Ulp. 20. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 32. § 1. pr. 37. § 1);

2. für den Fall, daß zwei Personen den Namen des Legatars führen, gilt trotz der Voraussetzung, wie unter 1 das Legat, und der Erbe hat die Wahl zwischen den beiden namensgleichen Personen: Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXI, 1, 8. § 3).

Beide Modificationen treten indeß in den Quellen isolirt auf und harmoniren überdem auch nicht mit den obigen allgemeineren Sätzen; anders verhält sich dies jedoch, wenn

3. für den Fall, daß bezüglich zweier Summen oder zweier gleichartiger res non fungibiles verschiedenen Werthes der Zweifel entsteht, welches von beiden gemeint sei, der Rechtsact bezüglich des Minus von Summe oder Werth für gültig erklärt wird [182]), so in ersterer Beziehung:

182) Zwei Sätze treten in obiger Beziehung in den Quellen auf: 1. die principielle Consequenz: das Gewollte gilt; dem entsprechend ist a. das einseitige Rechtsgeschäft hinsichtlich des gewollten Betrages rechtsbeständig: Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 2. 4.) s. bei A. 163. b. das zweiseitige Geschäft ist im Falle einer Differenz in der Summe nichtig; dieser Satz ist als allgemeiner unvertreten in den Quellen und lediglich vom Standpunkte des rigor aus treten im Resultate gleiche Entscheidungen auf, so von Gai. III, 102 in § 6 und, hinsichtlich der alternativen Obligation, von Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 2) in § 6; daneben vom Standpunkte der aequitas in dem Falle) wo bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften der Zahlungspflichtige auf das Minus, der Zahlungsempfänger auf das Plus seine Willensbestimmung richtet: § 18 unter B. — 2. Das Minus gilt, weil dieses auch in dem Majus mit enthalten ist; so a. bei einseitigen Rechtsgeschäften nach den obigen Stellen, und ähnlich hinsichtlich des Cumulativen Papin. 19 Quaest. bei Ulp. 15 ad Sab. (D. XXX, 1, 14. § 1); b. bei zweiseitigen Rechtsgeschäften: Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 4) s. bei A. 156, sowie § 18 unter B; vgl. auch wegen alternativer Obligationen Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 3) bei A. 157. Die entgegengesetzte Entscheidung von Qu. Mucius und Ael. Gall. s. § 11 a. E.

Serv., Ofil. und Lab. bei Jav. in Lab. 2 Post. epit. (D. XXXII, 1, 29. § 1): quum ita legatum esset, ut Titia uxor mea tantandem partem habeat, quantulam unus heres, si non aequales partes essent heredum — — minimam (sc. partem putabant legatam esse), quia, quum heres dare damnatus esset, in potestate eius esset, quam partem daret;

Proc. 6 Epist. (D. XXXI, 1, 47), Proc. und Cels. bei Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 3) und Paul. 3 ad Sab. (D. XXX, 1, 15. pr.), Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXII, 1, 75), 45 ad Sab. (D. L, 17, 34), Paul. 6 Quaest. (fr. Vat. § 227);

in letzterer Beziehung sodann

Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 6): quum quidam duos fundos eiusdem nominis habens, legasset fundum Cornelianum et esset alter pretii maioris, alter minoris et heres diceret minorem legatum, legatarius maiorem, vulgo fatebitur, utique minorem eum legasse, si maiorem non potuerit docere legatarius;

sowie Beides zusammenfassend

Ulp. 15 ad Sab. (D. L, 17, 9): semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.

B. Bei zweiseitigen Rechtsacten insbesondere verdoppelt sich jene Schwierigkeit, weil, indem jene den Consens der beiden Interessenten voraussetzen, an die Interpretation die Aufgabe herantritt, eine sichere Erkenntniß der Willensbestimmung beider Interessenten zu gewinnen[182a]. Hier nun greifen für den Fall, daß auf directem und rein metaphysischem Wege die Interpretation zu einem sicheren Ergebnisse nicht gelangen kann, folgende Modificationen des Principes Platz:

182a) Nebendem tritt bei zweiseitigen Acten die Gefahr hervor, daß die Interpretation zwar auf directem und metaphysischem Wege zu einem sicheren Ergebnisse gelange, dieses Resultat aber einen Dissens der Betheiligten aufdeckt. Allein gegen diese Gefahr standen der Interpretation keine Hülfsmittel zu Gebote: dieselbe zu mindern lag lediglich der Theorie über den Dissens ob und diese hat in der That auch jene Gefahr gemindert dadurch, daß sie den Dissens in gewissen Fällen für irrelevant erklärte: § 18.

1. Bei Zweifeln über Summen gilt das Minus, entsprechend wie unter A 3 und den in § 18 unter B dargelegten Sätzen (A. 182).

2. Bei Zweifeln über die Erfüllungszeit, so insbesondere wenn solche in Stipulationen mangelt, wird solche durch den Richter nach dem arbitrium boni viri supplirt: Ped. bei Paul. 14 ad Ed. (D. II, 8, 8. pr.), Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 2).

3. Bei Zweifeln anderer Art wird die Entscheidung mit Rücksicht auf den einen der beiden Interessenten des zweiseitigen Rechtsactes getroffen: es wird auf die juristische Stellung welche das eine der beiden handelnden Subjecte einnimmt, ein Uebergewicht in der Weise gelegt, daß dieses Subject als das bestimmende gilt und somit seine Willensbestimmung oder auch utilitas (§ 27 unter 4 c) maaßgebend ist für die Interpretation des gesammtheitlichen in Zweifel befangenen Willens-Inhaltes des Rechtsactes [183]). Als solche bestimmende Personen werden genannt:

aa. der promissor bei der Stipulation [184]):

Cels. 26 Dig. (D. XXXIV, 5, 26): quum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est; 38 Dig. (D. XLV, 1, 99. pr.): secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere; Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 18);

bb. der emtor:

---

183) Der gleiche systematische Gedanke findet sich ausgeprägt in dem Systeme der causalen Herrschaft des Rechtes: Thl. II § 3. Beil. XVI § VII.

184) Allerdings fügt Cels. 38 Dig. cit. bei: nec rursum promissor ferendus est, si eius intererit, de certis potius vasis forte aut hominibus actum esse; und ebenso Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLV, 1, 110. § 1): si stipulatus fuero de te: „Vestem tuam quaecunque muliebris est, dare spondes"? magis ad mentem stipulantis, quam ad mentem promittentis id referri debeat, ut, quid in re sit, aestimari debeat, non quid senserit promissor; itaque si solitus fuerat promissor muliebri quadam veste uti, nihilominus debetur. Vgl. Boetzelaer in A. 159 cit. 73 fg.

Labeo bei Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 1, 21)[185]; Pomp. 33 ad Sab. (D. XVIII, 1, 33): primum spectari oportet, quid acti sit; si non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet; ambigua enim oratio est; Papin. 5 Quaest. (D. II, 14, 39) s. unter cc; Paul. 5 ad Plaut. (D. L, 17, 172. pr.);

cc. der conductor:

Papin. 5 Quaest. (D. II, 14, 39): veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere;

dd. der actor;

Jul. 50 Dig. (D. XXXIV, 5, 12): quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat; Ulp. 2 Disp. (D. V, 1, 66) s. § 27 unter 4 c; Paul. 5 ad Plaut. (D. L, 17, 172. § 1): ambigua intentio ita accipienda est, ut res salva actori sit, 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1): is (sc. servus) petitus videatur, de quo actor sensit; nam — iudicium — etiam in invitum redditur et ideo actori potius credendun est; alioquin semper negabit reus se consensisse, wozu vgl. § 18 unter 3 und abweichend wiederum Ulp. 26 ad Ed. (D. V, 1, 61. pr. s. unter a).

Bei allen diesen Sätzen handelt es sich jedoch einzig und allein um Modificationen, welche nicht das Princip an sich der voluntas, sondern lediglich dessen Consequenzen in der Anwendung betreffen. Wohl aber treten nun in den Quellen auch Sätze hervor, welche, durch die bezeichneten Uebelstände in Anwendung des Princips der voluntas hervorgerufen, nicht mehr die Consequenzen des Princips, als vielmehr dieses selbst ganz unmittelbar modificiren. Dieser Sätze aber sind vier, von denen

185) Anders Lab. bei Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 34. pr.): eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit; allein hier handelt es sich nicht um Interpretation, sondern um das Verfahren, welches bei irrelevantem Dissense einzuschlagen ist, s. § 18 unter A. a.

a. der eine nur ganz isolirt auftritt und ausgesprochen ist von

Ulp. 26 ad Ed. (D. V, 1, 61. pr.): melius est dicere, id venire in iudicium, non de quo actum est, ut veniret, sed id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret, wovon abweicht Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1 unter 3 dd).

b. Dagegen von höchster Wichtigkeit und weitgreifendster Bedeutung ist der Satz, daß die voluntatis quaestio (§ 19) abgeschnitten und ausgeschlossen ist in dem Falle, daß die verbale Willenserklärung dem Wortlaute nach durchaus fehlerfrei ist:

Paul. 1 ad Nerat. (D. XXXII, 1, 25. § 1): cum in verbis nulla ambiguitas (im weiteren Sinne s. Beil. XVII § III) est, non debet admitti voluntatis quaestio;

denn dieser Satz, obwohl von höchstem practischen Werthe und insbesondere nützlich dadurch, daß er der Mentalreservation die juristische Bedeutung abspricht, enthält dennoch eine Beugung des maaßgebenden Principes: denn ist nach diesem die Willensbestimmung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes (§ 17), so ist principiell jede Disharmonie zwischen jener und der Willenserklärung juristisch relevant und ganz gleichgültig ist hierbei, ob die letztere selbst in ihrem Ausdrucke mehr oder minder correct ist[186].

Und dieser Satz ist es auch, der in einer besonderen Anwendung hervortritt

c. in der These, daß das Princip der aequitas bei der definitio nur insoweit Anwendung erleidet, als die Nationalanschauung hinsichtlich des begrifflichen Umfanges eines Wortes zu einem absoluten Abschlusse nicht gelangt ist, vielmehr der individuellen Auffassung und Redeweise einen Spielraum ge-

---

186) Ein Seitenstück hierzu bietet Cic. in Beil. XVII. § VIII unter f, wenn derselbe bei contrariae leges einen Vorrang dem in seinem Ausdrucke correcten Gesetze gegenüber dem incorrecten einräumt: der correcte Ausdruck kann doch nimmer einen Beweis dafür ergeben, daß dem in ihm enthaltenen Gedanken der Vorrang vor dem incorrect ausgesprochenen Gedanken zukomme! Alle diese Sätze stehen in keinem inneren Zusammenhange mit § 27 unter 1.

währt, nicht aber insoweit, als durch eine feste Abgränzung der Begriffssphäre eine zweifelsfreie Bestimmung gegeben ist; so

Serv. und Cels. im Gegensatze zu Tubero bei Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2): Servius fatetur sententiam eius, qui legaverit, aspici oportere, in quam rationem ea (sc. res ad cottidianum usum paratas) solitus sit referre. Verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, ut puta escarium argentum aut paenulas aut togas, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere supellectili legata ea quoque contineri: non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere.

Id Tubero parum sibi liquere ait: „nam quorsum nomina", inquit, „nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis"?

Equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet: nam vocis ministerio utimur; ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. Sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit; nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur, nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conatu ipso et sono quodam καὶ τῇ ἀνάρθρῳ φωνῇ dicere existimamus;

Cascell. Ofil. Lab. bei Javol. 3 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 10, 10): qui vestem omnem et res plurium generum supellectilis expenso ferre solitus erat, is uxori supellectilem legaverat; recte negabant vestem legato cessuram — —, quia non posset videri vestis appellatione supellectilis contineri;

Pomp. bei Ulp. 5 ad Sab. (D. XXX, 1, 4. pr.): quodsi quis, quum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, vestem non deberi, quemadmodum si

quis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri;

wozu Ulp. beifügt: rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia;

Paul. 21 Resp. (D. XXXIV, 2, 37): ornamentorum appellatione vestem muliebrem non contineri nec errorem heredis ius mutasse respondi [186a]).

Und dieses Gesetz wird nun auch von Modest. de Heurem. (D. XXXIII, 2, 19) auf die technische, solenne Formel übertragen (s. A. 640).

d. Eine ganz eigenthümliche Abweichung von dem Principe der voluntas findet ferner bei gewissen Rechtsinstituten statt, welche eines gesetzlichen favor genießen [187]): denn bei den Rechtsacten, die in Beziehung auf jene Institute von Jemand vollzogen werden, oder bei den denselben dienlichen Gesetzen wird die zweifelhafte Willensbestimmung principaliter und ohne Weiteres nach Maaßgabe der Sonderinteressen desjenigen aufgefaßt und bemessen, zu dessen Gunsten der betreffende Rechtsact vorgenommen wurde [188]). Diese Rechtsinstitute sind aber

---

186a) Hinsichtlich der Beurtheilung des Falles insbesondere, wo Jemand silbernes Hausgeräth zum argentum factum oder Silberzeug rechnet, während es die Kaiserzeit der supellex oder dem Hausrathe einordnete, entscheidet jedoch Paul. 4 ad Sab. (D. XXXIII, 10, 3. § 5) anders; er deducirt: in früheren Zeiten rechnete man silbernes Hausgeräth nicht zur supellex, die Jetztzeit dagegen überweist es der letzteren und schließt es somit vom argentum factum aus; dieser culturhistorische Wandel der Anschauung rechtfertigt daher, daß man solchem Irrthume des Testator Relevanz beimißt; vgl. A. 175.

187) Vgl. Theod. et Valent. in C. Just. I, 14, 6: quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri. Eine Analogie bietet Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 63. § 6): paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari.

188) Gegenüber § 27 unter 4c bestimmt sich der Unterschied so: ist die Willensbestimmung zweifelhaft, so ist im Allgemeinen dieselbe zu eruiren und unter den mehreren Mitteln hierfür dient die utilitas dessen, dem der Handelnde Etwas zuwenden will; im Obigen dagegen ist dann, wenn die Willensbestimmung zweifelhaft ist (vgl. Jul. 42 Dig. unter a a cit.), die utilitas des von dem Rechtsacte Betroffenen festzustellen. Dort ist daher

aa. die libertas:

Pomp. 7 ad Sab. (D. L, 17, 20): quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit;

Javol. 6 ex Cass. (D. XL, 7, 28. pr.), Jul. 42 Dig. (D. XL, 4, 17. § 3), Gai. 5 ad Ed. prov. (D. L, 17, 122), Ulp. 6 Disp. (D. XXXIV, 5, 10. § 1), 5 Fideic. (D. XL, 5, 24. § 10); Paul. 16 ad Plaut. (D. L, 17, 179); vgl. Justinian. in Cod. VII, 4, 14;

bb. die dos:

Paul. 6 Quaest. (D. XXIII, 3, 70. L, 17, 85. pr.): in ambiguis pro dotibus respondere melius est; vgl. A. 174[c].

Und dazu kommen

cc. die Ehe in Hinsicht der Kindererzeugung, entsprechend der julischen Gesetzgebung:

Ter. Clem. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 1, 64. § 1): legem — utilem reipublicae, sobolis scilicet procreandae causa latam, adiuvandam interpretatione.

e. Endlich wird nun auch ganz in entgegengesetzter Richtung das Princip der voluntas völlig aufgegeben und an seiner Stelle das Princip des verbum beibehalten bezüglich einer Institution, die einem juristischen Odium unterlag[189]), nämlich bezüglich der Exheredation. Diese Ordnung tritt zu Tage in folgenden Entscheidungen:

Jul. 29 Dig. (D. XXXVIII, 2, 13. § 2): testamentum, quod hoc modo scribitur: „Titius post mortem filii mei heres esto; filius exheres esto", nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est; wozu vgl. Scaev. 6 Quaest. (D. XXVIII, 2, 29. § 10),

---

solche utilitas secundärer, hier ist sie primärer Maaßstab der Interpretation oder Entscheidung.

189) Scaev. bei Paul. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 3. § 2): exheredationes non essent adiuvandae; dasselbe, in anderer Richtung der Auffassung, besagt Ulp. 6 Reg. (D. XXVIII, 2, 2): benigna interpretatione respondetur nullum exheredatum esse, worin die Idee eines favor des Enterbten durchklingt, und wozu wegen dieses benignum s. A. 180.

wo die Willensbestimmung des Testator unzweifelhaft dahin geht, der Sohn solle unbedingt d. h. ohne Frist enterbt, die Erbschaft selbst aber bis zum Tode des Sohnes hereditas iacens sein, während auf Grund des Festhaltens an den Testamentsworten nach Maaßgabe von § 5 das Resultat gewonnen wurde, daß die Enterbung selbst auf einen dies incertus vertagt sei [190];

ferner Jul. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 3. § 2. s. § 12 a. E.), sowie

Pomp. 7 ad Qu. Muc. (D. XXVIII, 5, 68): „Titius heres esto et quum heres erit Titius, filius exheres esto" nullius momenti esse exheredationem;

wo beidemal die Willensbestimmung unzweifelhaft und juristisch ausführbar ist, während die Worte an sich allerdings leges contrariae ergeben, welche, weil unlösbar, unausführbar sind (s. § 12 a. E.) [191];

sodann Scaev. bei Paul. 1 ad Vit. (D. XXVIII, 2, 19): quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset filioque, quem in potestate habebat, X legasset, adiecit: „Et in cetera parte exheres mihi erit", et quaereretur, an recte exheredatus videretur, respondit: non videtur. Et in disputando adiiciebat ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur [192], exheredationes autem non essent adiuvandae;

wo gleichermaaßen, wie im vorhergehenden Falle, die Worte an sich contrariae leges ergeben (§ 12 a. E.);

endlich Ulp. 6 Reg. (D. XXVIII, 2, 2): nominatim exhere-

---

190) Vgl. Schmidt, Recht der Notherben 48 fg.

191) Vgl. Schmidt a. O. 50 fg. Ein scharf contrastirendes Gegenstück bietet Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 14): „Stichus liber esto et postquam liber erit, heres esto;" Lab., Nerat. et Aristo opinantur detracto verbo medio „postea" simul ei et libertatem et hereditatem competere, quae sententia mihi quoque vera videtur.

192) Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 4): si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. Vgl. Schmidt, a. O. 51 fg.

datus filius et ita videtur: „Filius meus exheres esto", — si modo unicus sit; nam si plures sunt filii, benigna interpretatione potius a plerisque respondetur nullum exheredatum esse,

wo die Entscheidung auf der definitio nach Maaßgabe des rigor beruht und dahin geht, daß der vom Redenden gebrauchte Singular nur auf die Einzahl, nicht auch auf die Mehrzahl bezogen werden dürfe[198]) (vgl. § 11).

C. Die Wahrheit der Willensbestimmung beim Rechtsacte als ein wesentliches Erforderniß ihrer Rechtsverbindlichkeit.

§ 29.

Relevanz des die Willensbestimmung beim Rechtsacte beeinflussenden vis, dolus und error.

Während der rigor den die Willensbestimmung beim Rechtsacte beeinflussenden vis, dolus und error alle Relevanz absprach, diese Auffassung in der Parömie zusammenfassend: plus in re est, quam in existimatione (§ 14), eröffnete die aequitas der Anschauung den Raum und die Möglichkeit, jenen Einflüssen auf die Willensbestimmung beim Rechtsacte Gewicht beizumessen (§ 1); und indem letzteres auch wirklich geschah, so ward solche Theorie zugleich in die Parömie gekleidet:

Plus est in opinione, quam in veritate: Ulp. 7 ad Sab. (D. XXXIX, 2, 15).

Die Theorie selbst aber von der Relevanz der die Willensbestimmung beim Rechtsacte beeinflussenden vis, dolus und error und zwar des letzteren mit Einschluß der ignorantia ist von den Römern in der That auch auf den systematischen Gesichtspunkt gestützt worden, daß vis, dolus und error nicht

---

198) Die entgegengesetzte Entscheidung in anderem Falle bietet Ulp. 14 ad Sab. (D. XXXVIII, 4, 1. § 1): quamvis singulari sermone SCtum scriptum est, tamen et pluribus liberis et plures libertos libertasve posse assignari certum est, wie Pomp. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVII, 4, 1. § 4).

die Existenz, als vielmehr lediglich die ordnungsmäßige Beschaffenheit der wirklichen voluntas aufheben; und diese Auffassung allein ist auch in Wahrheit durch den dabei obwaltenden Sachverhalt gerechtfertigt. Denn wie alle Willensaction, so ist auch die dem Rechtsacte inliegende Willensbestimmung das Ergebniß von Impulsen der Empfindung, wie von Erwägungen des Verstandes, deren Zusammenwirken dann diejenige Willensemotion hervorruft, die zur Willensbestimmung des Rechtsactes sich abschließt; und zwar wird die erste Anregung zu solcher Willensbestimmung gegeben in dem Anreize nach dem, was Beifall findet, oder in der Abneigung gegen das, was das Mißfallen erweckt, wobei der Maaßstab für solches Wohlgefallen oder Mißfallen durchaus in der Individualität des Empfindenden gelegen ist; daran schließt sich sodann die Erwägung und Wahl der Mittel, jenes Wohlgefällige zu erlangen, dieses Mißfällige abzuwehren; und endlich tritt hierzu nun das Wollen des gewählten Mittels und der Entschluß seiner Ausführung. Dieser gesammte Entwicklungsproceß der Willensbestimmung wird nun aber weder durch vis, noch durch dolus oder error aufgehoben. Denn zunächst im Falle der vis wird der Handelnde zur Thätigkeit angeregt durch die Empfindung des Mißfallens gegen das angedrohte Uebel, wobei der Maaßstab dafür unverrückt in seiner Individualität gegeben ist; sodann die Erwägung und Wahl des Verhaltens gegenüber dem drohenden Uebel ist durchaus freie That des Bedrohten, daher denn endlich auch sein Entschluß der Abwehr oder der Ertragung des drohenden Uebels ganz in der gleichen Weise wirkliche Willensaction des Handelnden ist, wie in dem Falle, wo Jemand durch Furcht, die nicht mittelst Androhung von Gewalt Seitens eines Dritten erregt ist, zu einer Handlung bestimmt wird. Und ebensowenig wird sodann durch error im Allgemeinen oder dolus im Besondern die Wirklichkeit der Willensbestimmung aufgehoben und jener Consolidirungsproceß derselben behindert: denn wer Jemandem schenkt in der irrigen Voraussetzung, derselbe sei sein Bruder, wer einen Sclaven schenkt in der irrigen Voraussetzung, derselbe sei der Stichus, wer einen Ring schenkt, denselben irrig für einen broncenen haltend, während solcher in Wahrheit golden ist, der hat unzweifelhaft den wirklichen

animus donandi und diese Wirklichkeit von solcher Willensbestimmung wird nicht im Entferntesten beeinträchtigt oder aufgehoben durch jene Unwahrheit der dabei maaßgebenden Voraussetzungen [194].

Vielmehr fallen die ordnungswidrigen Einflüsse von vis, dolus und error in ein den bezeichneten Entwicklungsphasen der Willensbestimmung zeitlich wie psychisch vorausgehendes Stadium. Denn die normale Organisation des menschlichen Geistes bedingt, daß, wenn immer auch jene zur Willensbestimmung sich entwickelnde Empfindung des Wohlgefallens oder Mißfallens durchaus nur in der Individualität des Handelnden ihren Maaßstab findet, doch wiederum dem Beifalle, wie Mißfallen des Individuum ordnungsmäßig ein zureichender Grund unterliegen muß. Und zwar findet derselbe seine thatbeständliche Unterlage in gewissen Verhältnissen, welche entweder den Handelnden umgeben oder seiner Person inhäriren, wobei solche Thatbestände wiederum dadurch in die causale Beziehung eines zureichenden Grundes zu dem betreffenden Individuum treten, daß sie zu dessen Sonderinteressen in dem Verhältnisse des Uebereinstimmenden oder Widersprechenden stehen. Gleichwie daher die gesammte Thätigkeit des Menschen ihre Richtung empfängt durch dessen Sonderinteressen, so versieht auch der Rechtsact den Beruf, den individuellen Interessen des Handelnden als Mittel zu dienen, mögen im Uebrigen diese Sonderinteressen rein egoistische sein oder auch den Vortheil von Mitmenschen im Auge haben. So daher sind die Sonderinteressen des Invidnum der zureichende Grund von dessen Beifall oder Mißfallen und bestimmen insofern die Richtung seines Empfindens, Erwägens und Wollens.

In diesem Verhältnisse aber der Sonderinteressen des Handelnden als des letzten zureichenden Grundes seiner Willensbestimmung läßt sich nun vom practischen Standpunkte aus eine Störung und eine Ordnungswidrigkeit anerkennen, dafern vis oder dolus oder error die Willensbestimmung des Rechtsactes beeinflussen.

Denn in dem Falle der vis wird die Willensbestimmung

---

194) Vgl. Voigt im Archiv f. civil. Prax. 1870. Bd. 53. § 1.

des Bedrohten zwar durch dessen Sonderinteresse nach einer gegebenen Richtung gelenkt insofern, als das angedrohte Uebel diesen Interessen auf das Schrofffste widerstreitet, um deßwillen das stärkste Mißfallen des Bedrohten erregt und nun zur Abwendung des Uebels das Wollen bestimmt. Allein indem gerade jenes Sonderinteresse lediglich durch solche Androhung eines Uebels in Mitleidenheit gezogen worden ist, ohne dies aber gar nicht berührt sein würde, so daß andere Interessen maaßgebend gewesen sein und somit nicht die getroffene Willensbestimmung herbeigeführt haben würden; indem sodann jene Androhung von dem Drohenden wiederum gegen das eigene Interesse des Bedrohten demselben entgegengestellt worden ist, so führt nun Alles dies zu dem practischen Gesichtspunkte hin, daß die durch die vis beeinflußte Willensbestimmung nicht durch das eigene Interesse des Handelnden, als vielmehr durch ein fremdes Sonderinteresse, nämlich des Zwingenden selbst bestimmt ist. Daher liegt im Falle der vis ein Moment der Störung und des Ordnungswidrigen der Willensaction darin, daß die Willensbestimmung des Handelnden nicht im Dienste von dessen eigenen, als vielmehr eines fremden Sonderinteresse steht, somit aber der zureichende Grund jener Willensbestimmung zwar ein objectiv wahrer, aber ein subjectiv unwahrer ist.

Hinwiderum in dem Falle des dolus und error waltet ein Widerspruch der Vorstellung des Handelnden mit denjenigen wirklichen Verhältnissen ob, welche, wie obbemerkt, die thatbeständlichen Unterlagen des zureichenden Grundes der Willensbestimmung beim Rechtsacte bilden und durch ihre Uebereinstimmung mit den Sonderinteressen des Handelnden in solche causale Beziehung zu dessen Willensbestimmung treten. Indem somit die Vorstellung des Handelnden die Existenz jener bezüglichen, mit seinen Sonderinteressen übereinstimmenden Verhältnisse der Wahrheit zuwider setzt, sei es auf Grund ureigener Auffassung, sei es in Folge dessen, daß ein Dritter in wohlberechneter Weise den Handelnden zu solcher Auffassung verleitet hat, so liegt nun ein Moment der Störung und des Ordnungswidrigen der Willensaction darin, daß der letzteren ein zureichender Grund in Wahrheit nicht unterliegt, somit also die Willensbestimmung nicht in Wahrheit im Dienste der Sonder-

interessen des Handelnden steht: der zureichende Grund solcher Willensbestimmung ist zwar ein subjectiv wahrer, aber ein objectiv unwahrer.

Indem somit vis, dolus und error in ihrem Einflusse auf die Willensbestimmung das gemeinsame Merkmal an sich tragen, daß dieselben den zureichenden Grund dieser Willensbestimmung zu einem unwahren gestalten, so liegt nun auch in diesem Merkmale der entscheidende Grund, um dessen willen die Theorie der durch vis, dolus oder error beeinflußten Willensbestimmung beim Rechtsacte die Rechtswirksamkeit absprach. Denn daraus allein erklärt sich, daß anderen machtvollen Impulsen des Willens und so insbesondere der Furcht an sich die rechtliche Relevanz versagt ist[195]), indem bei der Furcht in Wahrheit nicht ein fremdes Sonderinteresse die Willensbestimmung des Handelnden leitet, da die berechnete Einwirkung des Dritten mittelst vis hier mangelt.

Der im Obigen entwickelte Gesichtspunkt tritt nun aber in der That in der römischen Theorie zu Tage: dieselbe erkennt an, daß bei vis, wie dolus und error eine wirkliche Willensbestimmung des Handelnden vorliegt; allein diese Willensbestimmung wird vom Standpunkte der aequitas aus für rechtsunwirksam erklärt, weil sie fehlerhaft oder ordnungswidrig ist; und der Grund wiederum solcher Ordnungswidrigkeit kann nur darin gefunden werden, daß die Willensbestimmung auf einen unwahren, sonach nicht zureichenden Grund ihrer selbst sich stützt. Und dem entsprechend wird nun auch das Vorhandensein einer wirklichen voluntas selbst bei vis anerkannt von

Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 5): quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; de Libert. (D. XL, 9, 17. pr.): si — coactus — voluntatem

195) Wo in obiger Beziehung die Quellen von metus sprechen, da ist solches reine Breviloquenz: nicht die Furcht im Allgemeinen, sondern die durch vis hervorgerufene Furcht allein ist darunter verstanden. Die correcte Bezeichnung ist vis et metus, so im ältesten, octavianischen Edicte, oder vis metusque, so Ulp. 55 ad Ed. (D. XL, 12, 16. § 1) oder vis atque metus, so Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 17, 116. pr.). Dagegen im mittleren Edicte und bei Ulp. 10 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 7. § 2), 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 3) wird durch vis metusve geschieden die vis und der durch vis hervorgerufene metus: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 1).

accomodaverit; vgl. Cels. 15 Dig. (D. XXIII, 2, 22): si patre cogente ducit uxorem, — — contraxit tamen matrimonium — —: maluisse hoc videtur.

Und diese Voraussetzung allein erklärt es auch, daß Rechtsmittel wegen vis, dolus und error gegeben sind, welche nicht Nullität des betreffenden Actes geltend machen, sondern denselben lediglich rescindiren, somit also jenen Act als an sich rechtsbeständig voraussetzen; denn dann, wenn vis, dolus und error die wirkliche Willensbestimmung aufhöben, wäre nicht Rescission, als vielmehr nur Geltendmachung der obwaltenden Nullität denkbar und möglich.

Andrerseits wiederum die Illegalität, der Mangel der Rechtswirksamkeit der durch vis, wie error beeinflußten Willensbestimmung wird ausgesprochen von

Dosith. de Man. § 7: non intelligitur voluisse, qui coactus manumisit;

Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. pr.): quoties volens alium heredem scribere alium scripserit, — — placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur;

wo allenthalben die Negation nicht die Wirklichkeit, sondern lediglich die Legalität, die Rechtswirksamkeit der voluntas betrifft [196].

§ 30.

Nähere Bestimmung der Relevanz von vis, dolus und error in der Willensbestimmung beim Rechtsacte.

Der in § 29 dargelegte leitende Gesichtspunkt der aequitas, daß vis, dolus und error nicht die Willensbestimmung selbst

---

196) Bei Dosith. cit. ist significant das „non intelligitur voluisse", womit absichtlich ein non voluit vermieden wird. Wegen Ulp. cit. vgl. Voigt a. O. A. 1, woselbst auch Pomp. 34 ad Sab. (D. XXXIX, 3, 20), Diocl. et Max. im C. Just. I, 18, 8. ihrem Sinne nach festgestellt sind. Wegen Jul. 1 Dig. bei Ulp. 8 ad Ed. (D. V, 1, 2. pr.) und bei Ulp. 2 de Omn. Trib. (D. II, 1, 15), sowie Ulp. selbst l. c. und 11 ad Ed. (D. L, 17, 116. § 2), endlich Diocl. et Max im C. Just. I, 18, 9. vgl. Voigt, a. O. § 12; und in gleicher Weise ist auch zu beurtheilen Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 17, 116. pr.): nihil consensui tam contrarium est, — quam vis atque metus. Voigt, a. O.

zerstören und deren Wirklichkeit aufheben, als vielmehr lediglich deren Wahrheit vernichten, leitet bezüglich der Relevanz von Jenen ohne Weiteres zu dem Postulate, als der einfachen Consequenz jener Prämisse hin, daß der unwahren Willensbestimmung die wahre zu substituiren, somit also das Irrige oder Erzwungene selbst durch das Richtige oder Freie zu ersetzen sei, wie ja auch von dieser nämlichen Consequenz des Gedankens die Ordnung bestimmt wird, welche beim error, dolus oder vis in der Willenserklärung Platz greift, wo die unwahre Willenserklärung durch die wahre berichtigt und ersetzt wird (§ 26). Dennoch aber kommt bei error in der Willensbestimmung, ebensowenig wie bei entsprechendem dolus oder vis jene Consequenz nicht zur Geltung, weil ihre Anwendung auf unüberwindliche Hindernisse stößt: denn da bei error in der Willensbestimmung, wie bei vis und dolus in ihrer Einwirkung auf dieselbe lediglich die unwahre Willensbestimmung zur Ausprägung in der Wirklichkeit gelangt, der wahre Wille dagegen gar nicht wirklich geworden ist, so kann nun auch der Letztere nicht an die Stelle des Ersteren treten, weil derselbe immer nur eine nicht existente Größe ist, die nur im seltensten und unberechenbaren Falle mit jenem Grade von Sicherheit sich schaffen oder bestimmen lassen würde, wie solches bei der Willenserklärung möglich ist. Daher fehlt es hier in der That vollständig an derjenigen Größe, die sich als das Wahre an die Stelle des Unwahren setzen ließe, daher das Recht gar nicht in der Lage ist, der Willensbestimmung im Falle von error, dolus oder vis eine Rectification zu Theil werden zu lassen[197]. Hierdurch aber wird das Recht ohne Weiteres darauf hingewiesen, von solcher Rectification abzusehen und darauf sich zu beschränken, solcher mangelhaften Willensbestimmung einfach den

---

197) Durchaus parallel ist der Satz: die Interpretation kann wohl den Defect in der Willenserklärung, nicht aber in der Willensbestimmung ergänzen: A. 164. Die Tendenz an sich aber, solche Rectification eintreten zu lassen, bekundet sich in der That und zwar in dem Falle, wo mit dem error in der Willensbestimmung ein wahrer Zusatz, eine vera demonstratio sich verbindet und wo nun nach Maaßgabe der Letzteren jener error emendirt wird: A. 174 c. Voigt im Arch. f. civ. Prax. 1870. Bd. 53. § 4 unter C.

juristischen Effect zu versagen und etwa daneben vis und dolus als Delict zu behandeln, sonach also mit einer Strafe zu belegen.

Prüft man nun nach Maaßgabe der obigen, wie der in § 29 festgestellten Vordersätze die Theorie des römischen Rechtes über die Relevanz von vis, dolus und error in der Willensbestimmung, so tritt die überraschende Wahrnehmung zu Tage, daß die einschlagende Rechtsordnung zwar in gewissen Beziehungen jenen Vordersätzen conform ist, in überwiegender Maaße dagegen von ganz anderen leitenden Gesichtspunkten ausgeht, insofern der vis, dem dolus und dem error in der Willensbestimmung durchaus nicht an für sich schon und schlechthin juristische Relevanz beigemessen ist, als vielmehr nur bedingt, nämlich unter dem beschränkenden weiteren Erfordernisse, daß eine Vermögensschädigung des Betroffenen aus der vis, dem dolus, wie aus dem error resultire. Und dies nun ergiebt in Wahrheit ganz andere systematische Gesichtspunkte für die Relevanz-Erklärung von vis, dolus und error. Denn sobald die Letzteren nicht schon an sich, sondern einzig und allein nur die vermögensschädigenden vis, dolus und error Relevanz gewinnen, somit also nicht um ihrer selbst willen, sondern um der aus ihnen hervorgehenden Vermögensschädigung willen die bezüglichen Rechtsmittel begründen, so ist der leitende Gesichtspunkt solcher Relevanz-Erklärung nicht in der die Willensbestimmung entstellenden Einwirkung gegeben, als vielmehr darin, daß vermittelst solcher eine gemißbilligte Vermögensschädigung des Anderen herbeigeführt wird oder, mit anderen Worten, die Repression von vis, dolus und Nachtheil aus dem error stützt sich diesfalls nicht auf die voluntatis ratio, als vielmehr auf das Princip: nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, wohingegen wiederum insoweit, als vis, dolus und error zu ihrer Relevanz nicht eine Vermögensschädigung des Betroffenen erfordern, der Gesichtspunkt der voluntatis ratio, des ordnungswidrigen Einflusses auf die Willensbestimmung in Wahrheit Platz greift.

Das römische Recht aber hat nun in der That jene beiden zwiefältigen Gesichtspunkte neben einander adoptirt bei seinen Ordnungen wider vis, dolus und error. Und zwar ist dieses

mit der Unterscheidung geschehen, daß bezüglich der Rechtsacte unter Lebenden von dem Gesichtspunkte aus des Principes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet ebenso vis, wie dolus und error mit Relevanz bekleidet worden sind: denn diesfalls erfordert der die einschlagenden Rechtsmittel begründende Thatbestand als wesentlichen Moment nicht bloß die betreffende Störung der Willensbestimmung, sondern auch eine Vermögensschädigung des von der vis [198]), dem dolus [199]) oder dem error [200]) Betroffenen. Dahingegen bezüglich der Testamente werden diese Einwirkungen auf die Willensbestimmung dem in § 29 nachgewiesenen Gesichtspunkte und somit der voluntatis ratio unterstellt [201]): denn indem hier der durch vis, dolus oder error Betroffene und der dadurch Geschädigte nicht ein und dieselbe Person, als vielmehr zwei verschiedene Individuen sind, so sind nun hier die Rechtsfolgen von vis, dolus und error in der That davon unabhängig, ob der dadurch Betroffene selbst zugleich eine Vermögensbeschädigung erleidet oder nicht [202]).

Jene Verschiedenheit aber des leitenden und principiellen Gesichtspunktes hinsichtlich der für vis, dolus und error gesetzten Rechtsordnung [203]) reflectirt nun auch in den Mitteln und Wegen, durch welche das Recht der so beeinflußten Willensbestimmung den juristischen Effect versagt. Denn weil der Einfluß von vis und dolus auf die Rechtsacte unter Lebenden

---

198) Jul. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 12. § 2): propter naturam quod metus causa actionis, quae damnum exigit; Ulp. l. c. (D. cit. 14. pr.): cessare hoc edictum, quia nihil tibi abest.

199) Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. pr. fr. 13. § 1. fr. 15. pr. fr. 9. § 5. fr. 11), Paul. 11 ad Ed. (D. eod. 10).

200) Voigt im Archiv. f. civil. Prax. 1871. Bd. 54. § 16.

201) Den bestimmtesten Beweis für diese Thatsache bietet der Rechtsatz: de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt. A. 657 a.

202) Voigt, a. O. § 16. a. E.

203) Unsere moderne Rechtswissenschaft legt allgemein dem römischen Rechte den Gesichtspunkt unter, daß dasselbe vis, dolus und error um der Störung willen, die sie auf die Willensbestimmung ausüben, mit Relevanz bekleidet habe; dies ist jedoch insofern unwahr, als dieser Gesichtspunkt die bei weitem beschränktere Sphäre beherrscht.

um der dadurch bewirkten Vermögensschädigung willen mit Relevanz bekleidet ist, so ist nun das Ziel, welches den hier einschlagenden Rechtsmitteln gesetzt ist, nicht etwa den durch vis [204]) oder dolus [205]) beeinflußten Rechtsact zu annulliren, als vielmehr Entschädigung dem Verletzten zu gewähren; und auf dieses Ziel richtet sich direct die bon. fid. actio und, in der richterlichen iudicatio, die a. quod metus causa und de dolo, sowie indirect, nämlich durch das Mittel der Rescission ebenso die restitutio in integrum, wie in der richterlichen pronuntiatio die a. quod metus causa und de dolo. Dahingegen bei den Testamenten, weil hier vis und dolus wegen der dadurch bewirkten Störung der Willensbestimmung mit Relevanz bekleidet sind, ist das Ziel der gewährten Rechtshülfe nicht Rescission oder Entschädigung, als vielmehr einzig und allein Nullität, daher hier nun vis und dolus den Effect haben, das dadurch begründete Rechtsverhältniß zu annulliren (§ 59). Und hiermit harmonirt auch, daß der error in dieser letzteren Beziehung ebenfalls annullirenden Effect hat, und wiederum bei den gerichtlichen Acten restit. in integr., somit Rescission bewirkt; wenn dagegen bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden der error, abweichend von der obigen Ordnung, ebenfalls Nullität bewirkt, so ist dies eine Anomalie, die aus historischen Gründen sich erklärt, daraus nämlich, daß zu der Zeit, wo die Rechtswissenschaft die Theorie von der Relevanz des error in der Willensbestimmung aufstellte, in der zweiten Periode nämlich, dieselbe nicht mehr die Macht besaß, eine ganz neue und selbst-

---

204) Außer den von der vis bezüglich des Testamentes handelnden und hierfür Nullität bekundenden Stellen findet sich noch eine Mehrzahl von solchen, welche auch in anderen Beziehungen Nullität zu statuiren scheinen und welche zusammengestellt sind bei Schliemann, Lehre vom Zwange 60 fg. Diese Stellen werden in Buch II besprochen und dabei deren Vereinbarkeit mit der Theorie von der rescindirenden Wirkung der vis dargelegt werden.

205) Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 16. § 1), Jul. das. (D. IV, 3, 7. pr.) und Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 3. § 3) scheinen diesfalls auch Nullität als Effect des dolus zu statuiren; es wird jedoch in Buch II das Gegentheil dargelegt werden. Dagegen bei Ulp. 40 ad Sab. (D. XXVI, 8, 5. § 2) sind es die Rechtssätze von der Tutel, welche den Contract annulliren.

ständige actio de errore mit rescissorischer oder entschädigender Tendenz zu schaffen [206].

Nach Alle dem aber bestimmt sich die hier zufallende Aufgabe: vis, dolus und error, insoweit dieselben die Willensbestimmung bei Rechtsacten unter Lebenden influiren, fallen den Aufgaben von Buch II anheim, während hier dieselben nur insoweit in Betracht kommen, als sie die Willensbestimmung bei Testamenten stören. Die hier eingreifende Theorie aber findet in § 59 ihre für die hier maaßgebenden Zwecke genügende Darstellung.

---

206) Die nähere Darlegung dieser historischen Verhältnisse fällt dem Buch II anheim.

Zweite Abtheilung.

Die historische Ausprägung der Principien.

Erste Periode.

Die historische Ausprägung der Principien bis zu Ausgang der Republik.

Erster Abschnitt.

Die historische Ausprägung der Principien bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St.

§ 31.

Die historische Stellung im Allgemeinen der Principien.

Die in § 2—14 dargelegten Sätze ergeben für den rigor den Begriff des solennen Actes gleich als den Mittelpunkt des Kreises, welcher von dem betrachteten Principe beherrscht wird, und an welchen sich nun die beiden Hauptpositionen anlehnen: das Wesen des Rechtsactes beruht in dessen solenner Wortform, dictum, verbum und dergl., somit in seiner Beschaffenheit als solenner verbaler Act; und diese solenne Form ist das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes. Als Consequenz aber hieraus ergiebt sich, daß für die Rechtsverbindlichkeit des Rechtsactes nicht in Betracht kommt die Willensbestimmung des Handelnden und noch weit weniger daher die psychische Beschaffenheit solcher Willensbestimmung (§ 1).

Dagegen für die aequitas tritt der Begriff des unsolennen Actes als das Centrum auf, an welches die drei entgegenstehenden Hauptpositionen in § 15—30 sich anlehnen: das

Wesen des Rechtsactes beruht nicht in dessen Form, als vielmehr in der darin kundgegebenen Willensbestimmung: actum, res oder dergl.; diese Willensbestimmung selbst aber, voluntas, mens, sententia oder dergl. ist das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes; und, um fehlerfrei zu sein, darf diese Willensbestimmung nicht durch vis, dolus oder error beeinflußt sein (§ 1).

Indem nun gegenwärtig die Betrachtung auf den historischen Standpunkt übertritt, jene beiden Principien in ihrer historischen Ausprägung und Entwickelung darzulegen, und indem somit jene theoretischen Lehrsätze in ihrer Verwirklichung als historische Erfahrungssätze zu beobachten sind, so gestaltet sich nun solches historische Bild verschieden je in den verschiedenen geschichtlichen Zeiträumen. Und zwar zunächst während des ersten Abschnittes der ersten Periode: bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St. greift bezüglich des rigor die historische Ordnung Platz, daß derselbe, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen, das Recht ausschließlich beherrscht, somit aber nur der solenne Act Rechtsact ist und somit auch jene theoretischen Lehrsätze, daß das Wesen des Rechtsactes in dessen solenner verbaler Form beruht und diese solenne Willenserklärung das rechtsverbindliche Element von jenem ist, zugleich als praktische und historische Rechtssätze auftreten.

Dagegen die aequitas herrscht, von jenen nämlichen Ausnahmen abgesehen, gar nicht in der Rechtssphäre, als vielmehr lediglich innerhalb der bürgerlichen Sitte oder der mores, daher nun der unsolenne Act nicht Rechtsact ist, als vielmehr lediglich dem Gebiete der bürgerlichen Sitte anheimfällt, somit aber nur eine rein sociale, nicht aber eine juristische Handlung ist. Und demgemäß gewinnen daher die theoretischen Sätze der aequitas hier die historische Ausprägung: das Wesen des einfachen Lebensgeschäftes, des rein socialen oder nicht juristischen Actes beruht in der darin kundgegebenen Willensbestimmung und diese selbst ist das verbindliche Element solchen Actes, wobei aber dieselbe, um fehlerfrei zu sein, nicht durch vis oder dolus beeinflußt sein darf.

Sonach aber fällt während dieses Zeitraumes der hier in Frage stehende Gegensatz der beiden Principien in der Haupt-

sache gar nicht in das Rechtsgebiet hierin, als vielmehr neben solches, einerseits die Sphäre des Rechtes deckend, andrerseits dem Gebiete der bürgerlichen Sitte congruent und somit in dem Gegensatze von ius und mores selbst seine gegensätzliche Ausprägung findend. Und indem somit die verbindliche Kraft der solennen Form des Rechtsactes auf dem Gesetze des ius, die verbindliche Kraft der kundgegebenen Willensbestimmung des einfachen Lebensgeschäftes aber auf dem Gesetze der mores beruht, und nun das pflichtgemäße Verhalten des so Verpflichteten, welches die Verbindlichkeit dort der solennen Form, hier der kundgegebenen Willensbestimmung anerkennt und beobachtet, dort iustitia, hier aber fides heißt, so treten nun iustitia und fides in einen mit ius und mores correspondirenden Gegensatz (vgl. Thl. I § 12): das ius erfordert von dem Rechtssubjecte die iustitia, als diejenige Eigenschaft oder dasjenige Verhalten desselben, welches übereinstimmend ist mit den Vorschriften seiner selbst über die Verbindlichkeit der Rechtsacte[207]), wogegen die mores von dem Menschen die fides erfordern als diejenige Eigenschaft oder dasjenige Verhalten, welches übereinstimmt mit den Anforderungen der mores über die Verbindlichkeit der nicht durch Rechtsact übernommenen Verpflichtungen oder über die Verbindlichkeit des gegebenen Wortes oder von Treue und Glauben (Beil. XVIII. § III). Daher stehen iustitia und fides ganz unabhängig neben einander, wie dies sich ausprägt theils in der Nebeneinanderstellung der Justitia und Fides als zweier verschiedener Göttergestalten (A. 209), theils auch in dem Gegensatze von iustitia und fides und in der Gegenüberstellung des iustus homo und bonus vir, und so zwar

iustitia et fides, fides iustitiaque bei Cic. de Rep. II, 14, 26. de Off. I, 33, 121. II, 9, 32. III, 20, 79. 82. 29, 104. de Orat. I, 52, 224. ad Fam. XIII, 28ª, 1. 2. Sicc. Flacc. de cond. agr. 135, 10. Plut. Aem. Paul. 2. (δικαιοσύνη καὶ πίστις); vgl. Cic. de Off. III, 29, 107: est ius etiam bellicum fidesque iurisiurandi saepe cum hoste servanda;

---

207) Cic. de Leg. I, 15, 42: iustitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum.

iustus homo und bonus vir: Cic. de Off. I, 10, 31: iustus homo isque, quem virum bonum dicimus; II, 9, 33: iustis autem et fidis hominibus id est viris bonis; Schol. in Pers. II, 73: iustus et innocens et fidelis esse.

Jene Sonderung selbst und Gegenüberstellung von iustitia und fides[208]) beruht aber auf der leitenden Grundanschauung, daß bei der ganzen Haltung des ältesten Rechtes und namentlich bei seiner Fürsorge, in zweifelsfreier und Mißdeutung ausschließender Weise die Thatsache des Geschäftsabschlusses zu markiren, die dadurch begründete Verbindlichkeit zu begränzen und zu processualischer Liquidität zu erheben, somit aber bei der so gegebenen Gewißheit über Existenz und Umfang der rechtlichen Verbindlichkeit und bei der Sicherheit über den Ausgang des caute geführten Processes, die Erfüllung der obliegenden Verbindlichkeit in keiner Weise eine Sache der fides oder der Gewissenhaftigkeit des Verpflichteten, als vielmehr rein Sache der iustitia und der Klugheit war, das in dem Processe drohende sichere und gefährliche Uebel zu vermeiden. Daher verblieb für die fides lediglich die sogenannte moralische Pflicht oder die Verbindlichkeit, welche nicht durch Rechtsgebot, als vielmehr lediglich durch das Gebot der bürgerlichen Sitte begründet und durchaus nur auf die Gewissenhaftigkeit des Verpflichteten gestellt war.

Wie daher in dem hier betrachteten Zeitraume die in Frage stehenden Principien der aequitas in der fides, als dem entsprechenden Verhalten des Menschen ihre Vertretung finden, diese fides selbst aber, wie bemerkt, allein durch die mores, nicht durch das ius getragen wurde, somit lediglich die einfachen Lebensgeschäfte, nicht aber die Rechtsgeschäfte beherrschte, so nun wird andrerseits von der römischen Volksanschauung selbst dieses Zeitraumes jene fides mit ihren leitenden Principien durchaus noch nicht dem Begriffe des aequum et bonum unterstellt und dessen Sphäre eingeordnet, vielmehr stehen fides

208) Vgl. auch Sen. de Ben. III, 15, 1: utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret nec pacta conventaque inpressis signis custodirentur, fides potius illa servaret aequumque colens animus!

und aequitas einander noch ganz fremd und unzubehörig gegenüber. Denn der für diesen Zeitraum maaßgebende Begriff der aequitas bestimmt sich, wie in Buch II darzulegen ist, als Summe der Pflichtgebote, welche das äußere Verhalten hinsichtlich der Vermögensinteressen regeln und insbesondere auch collidirenden Vermögensinteressen allseitig Rechnung zu tragen erheischen; und diesem Begriffe der aequitas steht die fides mit ihren Pflichtgeboten als etwas ganz Selbstständiges, Eigenartiges und Fremdes gegenüber. Und dem entspricht auch, daß mit den arbitria der leg. a. per iudicis postulationem, welche im Gegensatze zu den iudicia solche pecuniäre oder ökonomische aequitas vertreten, jene fides in keiner wesentlichen und inneren, begrifflich nothwendigen Relation und Zubehörigkeit steht: die Rechtsgeschäfte, welche jene arbitria als ihr Schutzmittel zur Seite haben und begründen, unterfallen in der gleichen Maaße wie die Rechtsgeschäfte, welche iudicia erzeugen, dem ius und der iustitia, nicht aber der Herrschaft der fides in der hier fraglichen Richtung: sie sind solenne Acte, deren rechtsverbindliches Element die solenne Willenserklärung ist (§ 32). Und diese Thatsache, daß so von Alters her aequitas und fides einander fremd und unabhängig gegenüberstehen, wird auch historisch dadurch bekundet, daß Beide selbstständig neben einander apotheosirt worden sind: die Aequitas und die Fides sind zwei völlig verschiedene Göttergestalten[209].

Sonach aber zog die Volksanschauung dieses Zeitraumes den Gegensatz der hier betrachteten Principien noch nicht in die Sphären von rigor und aequitas herein, vielmehr stützte dieselbe diesen letzteren Gegensatz ausschließlich noch auf andere Principien, nämlich auf das Princip nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, oder mit anderen Worten: es

---

209) Hartung, Rel. d. Röm. II, 264. Preller, r. Myth. 629. 224. Marquardt, r. Alterth. IV, 22. Der Cultus der Fides ist uralt: § 41; wegen des höheren Alters vom Cultus der Aequitas vgl. Ritschl, de fictil. litter. Latin. antiq. Bonn. 1853. Neben Beiden steht als dritte Göttergestalt die Justitia: Preller, a. O. 629. Vgl. Hommel, iurisprud. numismat. illustr. 1. 219. Klotz, auctar. iurispr. numismat. 48. 82. Dion. II, 75. sowie A. 347.

war während dieses Zeitraumes der Begriff der aequitas ein anderer als später, und zwar bedeutend enger, namentlich aber das Princip der voluntas noch nicht mit umfassend.

§ 32.

Das Herrschaftsgebiet des rigor.

Das Herrschaftsgebiet des rigor während des hier betrachteten Zeitraumes ist nach § 31 das ius im Gegensatze der mores: das ius unterliegt in seiner Gesammtheit der ausschließlichen Herrschaft der hier fraglichen Principien des verbum und wird demnach von den beiden Sätzen beherrscht: das solenne Wort ist ebenso ein grundwesentliches Merkmal, als auch das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes. Diesen beiden Sätzen unterfällt nun, wie gesagt, das gesammte Recht, somit ebenso das Völker- und insbesondere das Fetial-Recht, wie das Sacral- und Staats-Recht[210]) und das Privatrecht; allein die Darlegung der historischen Ausprägung jener beiden principiellen Sätze in allen diesen Rechtsgebieten würde über die hier gestellte Aufgabe hinausgreifen, da hier vielmehr nur für das Privatrecht jene Darlegung erforderlich ist. Nur ein einziger, dem Staatsrechte angehöriger Rechtsact hat den Anspruch, eine besondere Erwähnung hier zu finden, der Erlaß der Gesetze. Dieser Act aber ist zunächst in solenne Worte gekleidet: der regirende Magistrat richtet an die Comitien eine auf die Annahme der lex gerichtete Frage, und auf solche ertheilt sodann jeder einzelne Theilnehmer der Versammlung mündliche Antwort, Alles dies in solennen Worten (A. 87), so daß hierin eine Form uns entgegentritt, welche in ihren Grund-

---

210) Vgl. im Allgemeinen Rubino, Untersuchungen 255. Was das Völkerrecht betrifft, so ist insbesondere jeder Act des Fetialrechtes in solenne Worte gekleidet; im Uebrigen vgl. § 5 und wegen der Dedition Thl. II § 38. Wegen des Sacralrechts s. § 2 unter a und § 5, insbesondere A. 12. 13. 96. 98. Liv. XXII, 9. XXXIV, 44. in § 2 cit., sowie Marquardt r. Alterth. IV, 226. 229. Preller, r. Myth. 117 fg. 126. Wegen des Staatsrechtes s. § 2 unter b. A. 12. 13. 87. Ausnahmen werden dadurch begründet, daß ein Rechtsact durch besondere Clausel ausdrücklich der Herrschaft der fides unterstellt wird: § 5 a. E.; eine weitere Ausnahme ergiebt der Eid: § 36 unter 7.

zügen — in Wahrheit aber auch lediglich in diesen — einen Parallelismus mit der Stipulation darbietet, wie solches auch von Pap. 1 Def. (D. I, 3, 1) anerkannt wird. Richtete sich nun jene Antwort auf die Annahme der lex, so lautete, entsprechend der Anfrage: velitis, iubeatis, Quirites, hoc sic fieri? die Antwort: uti rogas (sc. ita volo, iubeo s. A. 87). Somit begegnen wir in dieser Formel jenem in der ältesten Rechtssprache ebenso häufigen, wie characteristischen uti, wodurch die Form der kund gegebenen Willensbestimmung: das Wort, im Gegensatz zu deren Gehalte: zu dem Ea quae (dicis oder dergl.) oder dem kundgegebenen Gedanken als dasjenige Element anerkannt wird, welches die Sphäre bestimmt und begränzt, innerhalb deren das betreffende Individuum gebunden ist (s. § 5). Wenn daher bereits dieser Moment die Geltung des zweiten Satzes, daß das kundgegebene Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes ist, auch bezüglich der lex ergiebt, so wird dies überdem auch durch zahlreiche Zeugnisse bekundet[211]. Gleichwohl aber tritt gerade in dieser Beziehung zuerst eine Abschwächung des Principes und die Zulassung von Ausnahmen hervor, in denen die entgegengesetzte Position der aequitas zur Geltung gelangt, nämlich darin, daß man gegenüber dem Strafgesetze der Handlung, welche ein fraudem facere legi oder in fraudem legis facere[212]) enthielt d. h. dasselbe seinem Wortlaute und Wortsinne nach respectirt, wohl aber in dem ihm unterliegenden legistatorischen Gedanken verletzt, bereits jetzt als dem Gesetze unterfallend auffaßte und bestrafte, wie ebenso der Vorgang des C. Licinius Stolo v. J. 397[213]), als auch

---

211) Daß die Interpretation bei der lex die gleiche ist, wie beim Rechtsgeschäfte, somit lex, testamentum, iudicatum, stipulatio, cautio insgesammt als scripta der gleichen Theorie unterfallen, besagt z. B. Cic. Orat. Part. 31, 107. Top. 26, 96. Im Uebrigen vgl. § 9—12. Beil. XVII. § III.

212) Legi fraudem facere: Plaut. Mil. II, 2, 9. Liv. VII, 16, 9. X, 13, 10. Quint. Decl. 264. Anton. Pius in Inst. Just. I, 8, 2. u. a. m. bei Brisson. de V. S. s. v. In fraudem legis facere: Paul. ad l. Cinc. (D. I, 3, 29). Die Begriffsbestimmung s. bei Paul. cit. Ulp. 4 ad Ed. (D. I, 3, 30).

213) Liv. VII, 16, 9. Val. Max. VIII, 6, 3. Plin. H. N. XVIII, 2, 17. Col. RR. I, 3, 11. Aur. Vict. de vir. ill. 20. Plut. Cam. 39. So

die bei Plautus bereits ausgeprägte entsprechende Anschauung (A. 212) beweist.

Was aber das Privatrecht insbesondere betrifft, so prägt sich hier jene erste Position, welche das solenne Wort für den Rechtsact erfordert, in vollster Deutlichkeit als die durchgreifende Regel aus. Denn überblicken wir den Bestand an Rechtsacten zur Zeit der XII Tafeln, so ergeben sich folgende Gruppen mit nuncupativer Solennität:

I. Proceßacte, von welchen an solenne Worte gebunden sind die verschiedenen theils einseitigen, theils zweiseitigen Acte der legisactio in ihren drei Unterarten als leg. a. sacramento, per iud. postul. und per man. iniect.: § 2 unter c. d. e. Dahingegen nicht an solenne, wenn auch an mündliche Rede sind gebunden die in ius vocatio, wie das Verfahren in iudicio.

II. Rechtsgeschäfte mit sacralrechtlicher Form:

1. das testamentum comitiis calatis conditum, zugleich aber auch Erfordernissen rein privatrechtlicher Solennität unterfallend: § 2 unter f—l;

2. die confarreatio und diffareatio als Formen der Eingehung und Lösung der patricischen Ehe[214].

---

auch bei den Vorkommnissen in Liv. XLI, 8. v. J. 577 s. Thl. II. § 30. Das fraudem facere legi ist eine Abart der captio s. A. 392.

214) Der Grund, weßhalb die confarreatio nur die patricische Ehe schließen konnte, ist übersehen in dem trefflichen Werke von Roßbach, r. Ehe. 95 fg. Er liegt in den Auspicien: die confarreatio erforderte nämlich nothwendig voraufgängige Auspicien, und diese wiederum ruhen in älterer Zeit gleich als eine Machtvollkommenheit und prärogative Befähigung lediglich auf den Patriciern, während der Augur nur als Sachverständiger oder Bevollmächtigter daneben concurrirt; und zwar wird in ältester Zeit der Bräutigam selbst die Zeichenschau vorgenommen und erst später einem Auspex mandirt haben. Die Plebejer dagegen haben keine Auspicien, weder publica, noch privata und können daher weder selbst Zeichenschau vornehmen, noch durch einen Auspex mandata auspicia anstellen lassen, weil auch hierfür die Inhaberschaft der Auspicien erforderlich ist: Becker, r. Alterth. II, 1, 304 fg. IV, 347 fg. Wenn nun allerdings die spätere Zeit alle Ehen auspicirte: Roßbach a. O. 296, so ward doch jetzt die plebeische Ehe gar nicht unter eigenen, als vielmehr unter fremden, nämlich unter den Auspicien des zugezogenen patricischen Auspex vollzogen, was für die confarreatio eben ungenügend war. Dieser Zusammenhang ist mit Sicherheit aus Liv. IV, 2, 5. 6, 2 zu entnehmen.

III. Rechtsgeschäfte mit staatsrechtlicher Form: arrogatio, wogegen die manumissio censu gar nicht als Rechtsgeschäft geordnet war, vielmehr hier es genügte, wenn der Gewalthaber die Abschätzung des Gewaltuntergebenen beim Census geschehen ließ.

IV. Rechtsgeschäfte mit privatrechtlicher Form, und zwar

A. zweiseitige Rechtsgeschäfte mit zweiseitig solenner Form:

1. nexum und nexi liberatio;

2. mancipatio (s. § 3) und resp. nexi liberatio, erstere je nach gewissen Arten mit besonderen Wortclauseln ausgestattet[215], wie auch empfänglich, mannichfache leges oder pacta sowohl dinglicher, wie obligatorischer Tendenz in ihre Formel aufzunehmen[216], endlich auch mit der in iure cessio combinirt als Adoption eine neue Rechtsgeschäfts-Individualität ergebend.

B. Zweiseitige Rechtsgeschäfte mit einseitig solenner Form:

1. dotis dictio[217];

---

215) So als testamentum per aes et libram: Gai. II, 104, als dotis datio: Gai. II, 63, als noxae datio (A. 258) und dergl. Und so nun auch in der coëmtio, welche besteht theils aus der Mancipation, welche mit eigenthümlichen Clauseln versehen ist: Cic. de Orat. I, 56, 237 (quibus verbis coëmptio fiat), Gai. I, 123, theils aus einer nuncupativen und solennen Eheconsens-Erklärung, worüber s. A. 81.

216) So z. B. als Clausel: ita uti optimus maximusque est (fundus), als lex de servitute praediorum praestanda, als deductio servitutis, als pactum de modo agri, als pactum fiduciae und dergl.

217) Von den mannichfachen Ansichten über das Wesen der dotis dictio können gegenwärtig nur noch zwei in Betracht kommen: die Ansicht von Winckler, Opusc. I, 371 fg., welcher dieselbe für ein einseitig solennes, und die von Salmas. de Mod. usur. 716 fg., der sie für ein unsolennes Rechtsgeschäft erklärt, eine Ansicht, welche in der trefflichen Schrift von Meykow, die Diction d. röm. Brautgabe, Dorp. 1850, wie auch von Arnim, Dotis dictio, Hal. 1854 vertreten ist. Dieser letzteren Ansicht stehen aber folgende Gründe entgegen: a. Epit. Caj. II, 9, 3 (vgl. Gai. III, 95 in Huschke, Jurispr. Antei.), der die dotis dictio dem Abschnitte von den Verbalcontracten (§ 2—11) einordnet und hier der Stipulation und iurata promissio operarum coordinirt, somit aber dieselbe ganz unzweideutig für einen Verbalcontract erklärt; b. dies bestätigt die technische Terminologie dotem „dicere"; c. wäre die dotis dictio unsolennes Rechtsgeschäft, so wäre sie entweder pactum — und dies ist sie sicher nicht, da sie unter den contractus rangirt — oder aber Consensualcontract —

2. vadimonii promissio des vas oder subvas[218];

3. gleiche Verwendung erfuhr die confessio in iure und insbesondere als in iure cessio (s. A. 36) welche je nach gewissen Arten mit besonderen Wortclauseln ausgestattet[219], wie

---

und dies ist sie sicher nicht, da sie unter diesen nirgends sich findet; d. ausdrücklich widersprechen die Stellen von Arc. et Hon. im C. Th. III, 12, 3: dos, si qua forte solenniter aut data aut dicta aut promissa fuerit, da solenne nie von unformalen Rechtsgeschäften gesagt wird, und von Theod. et Val. im C. Th. III, 13, 4: ad exactionem dotis — qualiacumque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta, wo die westgoth. Interpretation stipulatio wiedergiebt durch stipulatio promittentis, und dictio durch verba iuridica, und woraus allenthalben erhellt, daß bis dahin die dotis dictio nicht durch qualiacumque verba abgeschlossen werden konnte. Stellen, deren Entkräftung bei Meylow 21 fg. nicht gelungen ist; e. die Stellen, auf welche Meylow 14 fg. die Unformalität der dot. dictio stützt, erklären sich durchaus angemessen und ungezwungen als Vorverhandlungen über Bestellung und Höhe der dos oder als Pollicitationen oder als nuda pacta über solche. — Alles dies rechtfertigt die obige Auffassung, welche auch sich findet bei Vering, Inst. § 220. vgl. Kuntze, Inst. II, 469. — Czyhlarz in Ztschr. f. R. G. 1868. VII, 244. Dotalr. 114 vertritt wieder die bereits genügend widerlegte Auffassung als zweiseitig solennes Geschäft, die dotis dictio für eine umgekehrte Stipulation erklärend.

218) In Betracht kommt lediglich das alte civile vadimonium und subvadimonium in seiner ursprünglichen Gestalt d. h. bevor dasselbe in die honorarische cautio iudicio sisti umgewandelt und damit in Stipulationsform gekleibet worden war. Jenes vadimonium ist ein selbsteigener Contract, der namentlich auch verschieden war von der Stipulation: Varr. L. L. VI, 7, 74: sponsor et praes et vas neque idem, neque res, a quibus hi (sc. appellantur, eaedem), sed e re simile. Dieses vadimonium bot die einzige altrömische Form der privatrechtlichen Bürgschaft (vgl. Beil. XIX A. 115) und ward so nun in doppelter Function verwendet: für die Proceßbürgschaft und als Bürgschaft bei nexum und mancipatio, wie dies bekundet Varr. L. L. l. c. s. A. 80. 262. Daß dieses alte vadimonium in solenne Worte concipirt wurde, beweist Cic. ad Qu. fr. II, 15, 5: negat (sc. Caesar) in tanta multitudine eorum, qui una essent, quemquam fuisse, qui vadimonium concipere possit, und Ov. Met. I, 12, 23: vadimonia garrula. Daß diese vadimonii promissio, ebenso wie auch die praedis obligatio, einseitig solenn sich vollzog, ist meine Ansicht, deren Begründung jedoch nicht in Kürze sich geben läßt.

219) So z. B. bei Adoption und Emancipation, vgl. Pomp. 37 ad Ed. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 1. § 2), als manumissio vindicta u. a. m.

auch empfänglich ist, mannichfache leges oder pacta sowohl dinglicher, wie obligatorischer Tendenz in ihre Formel aufzunehmen[220]), endlich auch mit der mancipatio combinirt als Adoption eine neue Rechtsgeschäfts-Individualität ergiebt.

C. Einseitige Rechtsgeschäfte:

1. divortium bei nicht confarreirter Ehe[221]);

2. auctoritatis tutoris interpositio[222]);

3. testamentum in procinctu (s. § 2 unter f—l);

4. cretio hereditatis[223]);

5. optio tutoris, wie servi, bezüglich deren die solenne Formel allerdings verloren gegangen ist (vgl. S. 34);

---

220) So z. B. als deductio servitutis, zur Verlautbarung von dies oder condicio: Paul. 1 Man. (fr. Vat. 48. 50) u. a. m.

221) Cic. de Orat. I, 40, 183: certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri divortium; 56, 238. Die solennen Worte sind: tuas res tibi habeto oder agito.

222) Die nuncupative auctoritatis interpositio bekundet noch Paul. 38 ad Ed. (D. XXVI, 1, 1. § 2. 3), vgl. Löhr in Grolmann, Magazin 1820 III, 35 fg. Heinecc. Antiq. I, 21, 3. Glück, Pand. XXX, 428 fg. 449 fg. Hugo, R. G. 171. Die Frage: auctorne es? mochte bei zweiseitigen Rechtsgeschäften vorauszugehen pflegen, wie erkennen läßt Paul. 8 ad Sab. (D. XXVI, 8, 3): etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas; allein nothwendig, wie Heinecc. a. O. annimmt, war sie sicher nicht, da ja bei einseitigen Rechtsgeschäften z. B. der cretio der fragende Mitinteressent überhaupt fehlte. Für die Formel, die Hugo a. O. annimmt: ego in hanc rem auctor fio fehlt der quellenmäßige Anhalt; wohl aber bietet Cic. p. dom. 29, 77 für die Arrogation, wo der arrogandus seine auctoritas interponirt, die Formel auctor sum ut — —; und diese Formel bieten auch Plaut. Trin. I, 2, 70. Cic. ad Fam. I, 9, 26 und analog die Legisactionsformel bei Prob. de Not. § 4: postulo an fuas auctor? und Plaut. Stich. IV, 2, 3: mihi auctores fuere. Somit ist als Formel der tutoris auctoritatis interpositio anzuerkennen: auctor sum, ut (Lucius Stichum hominem, quo de agitur, Titio noxae dedat oder dergl.)

223) Die cretio ist in ältester Zeit der alleinige Modus jeder hereditatis aditio, wogegen die Letztere ein Institut, wie ein Ausdruck jüngeren Datums ist: Mühlenbruch zu Heinecc. Antiq. Rom II, 17, 14. A. i. Holtius in Thémis, Paris 1825. VII, 524. Danz, Gesch. d. r. R. II, 25. Vering, r. Erbr. 495 fg. Vgl. auch A. 42. 490.

6. denuntiationes oder nuntiationes[224]) (Protestationen und Notificationen) und insbesondere die usurpationes[225]).

V. Nicht processualische einseitige Rechtsacte: sogenannte leg. a. per pignoris capionem (Gai. IV, 29).

In allen diesen Rechtsfiguren aber ist die erste principielle Position rein und scharf ausgeprägt: der Rechtsact ist in solenne Form gekleidet und als solche Form dient durchgehends das nuncupative, legale Wort, und dieses allein genügt auch bei den Rechtsgeschäften mit privatrechtlicher Form, obwohl hier mehrfach noch Solennitätszeugen hinzutreten und anderntheils der Gebrauch von Erz und Waage bei nexum und mancipatio bereits frühzeitig zur rein formalen Zuthat herabsinkt. Lediglich bei der Legisaction tritt noch eine eigenthümliche gesetzlich erforderte Steigerung in der Bestimmtheit der Willenserklärung hervor: in der symbolischen Action nämlich, welche, wenigstens bei leg. a. sacramento und per manus iniectionem, zum Worte hinzutritt: es genügt hier nicht einmal die legal nuncupative und in ihrem gesetzlich gegebenen Schema durchaus präcis und prägnant gefaßte Rede, vielmehr wird neben dieser

224) Die nuntiationes fallen mit unter die testationes d. i. die in solennen Worten und vor Zeugen bekundete einseitige juristische Willenserklärung, welche jedoch auch noch anderweite Functionen versieht, als die nuntiatio, so z. B. Ulp. fr. XX, 9. Vgl. z. B. Gai. ad l. XII tab. (D. L, 16, 238. § 1): detestatum est testatione denuntiatum und ähnlich Ulp. 56 ad Ed. (D. L, 16, 40. pr.), 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 1. § 7): si contra testationem denuntiationemve fecerit; 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3); testando denuntiet emtori; Glosse bei Brisson. de V. S. s. v. nunciare: nunciare novum opus est prohibere testatione, ne novum opus fiat. Vgl. im Allgemeinen Keller, Semestr. 355 fg. Ahasverus, Denunciation § 11; im Besonderen Paul. sent. rec. II, 18, 5: denuntiare ei solenniter potest, vgl. auch Voigt, Cond. ob caus. 740 fg. — Für die Unterscheidung bei Ahasverus a. O. 3 fg., daß denuntiatio ein solenner, die nuntiatio ein unsolenner Act sei, habe ich keine Bestätigung gefunden: Beide sind identisch und, wofern sie Rechtsacte sind, solenn.

225) Pomp. Enchir. (D. I, 2, 2. § 36): hunc (sc. Appium Claudium Centimanum) — „Actiones“ scripsisse traditum est primum „de Usurpationibus“ (vgl. A. 3). Die symbolische Usurpation, die aus Cic. de Orat. III, 28 so schön dargelegt ist von Huschke in Ztschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. 1846. II, 141 fg. ist demgemäß nicht ohne verba solennia zu denken.

bei den wichtigsten Momenten der Action noch eine übereinstimmende Zeichensprache, gleich als ein Dolmetscher der Rede für das Gesicht, gesetzlich vorgeschrieben und erfordert (vgl. A. 142 und 311).

Wenn dagegen die zweiseitigen Rechtsgeschäfte unter B nur mit einseitig solenner Form ausgestattet, somit nicht nach Maaßgabe der Ordnung von § 3 construirt sind, so ist der leitende Gesichtspunkt hierfür in der Natur der betreffenden Geschäfte selbst zu erkennen: denn derjenige, dem eine dos oder ein vadimonium bestellt wird, erlangt hierdurch einen reinen und nicht durch Gegenleistung beschwerten Vortheil: daher genügt es, wenn der sich Verpflichtende in solenner Rede seine Verpflichtung formulirt, während der Berechtigte in freibeliebter Willensäußerung seine Acceptation kund geben darf. Daher stellt bei diesen Geschäften das Verhältniß sich grundverschieden von jener ganz anomalen Ordnung bei der Expensilation, worin ebenfalls ein zweiseitiges Rechtsgeschäft mit einseitig solenner Form gegeben, diese solenne Form aber in die Hand desjenigen gelegt ist, der aus dem Geschäfte die Berechtigung für sich erwirbt.

Bezüglich aller jener Rechtsacte aber haben wir die vollste und allgemeinste, die strengste und reinste Geltung der in § 2—4 dargelegten principiellen Consequenzen zu statuiren: in Bezug auf Satzbau, wie Einzelworte, in Bezug auf Sprache, wie Aussprache, in Bezug auf Consonanz, wie Correspondenz der Worte: allenthalben führt die geringste Abweichung von den gesetzlich gegebenen Erfordernissen zur unheilbaren Nichtigkeit des Rechtsactes selbst. Denn wenn überhaupt zu irgend welcher Zeit jene in § 2—4 dargelegten Consequenzen rein und ungeschmälert in Geltung waren, so ist dies die älteste Periode des römischen Rechtes, somit der hier betrachtete Zeitraum. Und wenn dagegen bei den novatorischen Geschäften: der transscriptio a re in personam, expromissio und delegatio das Gesetz der Correspondenz der Form, wie Worte nicht zur Geltung gelangt (A. 83), so ist dies eine Singularität, welche daraus sich erklärt, daß alle diese Acte einer Gruppe von Rechtsgeschäften angehören, welche fremden Ursprunges sind, erst später in das römische Recht recipirt wurden und so nun im Einzelnen Abweichungen von der normalen Structur des

römischen Rechtes bieten, Momente, worauf im Nachstehenden noch zurückzukommen ist.

Dieser principiellen Ordnung des ältesten römischen Rechtes stehen nun gegenüber als unvermittelte und gänzlich singuläre Ausnahmen einige Geschäfte[226]), welche ohne solenne oder legale Worte sich abschließen: die unsolenne Eingehung der Ehe, sodann die divisio parentis inter liberos, wie endlich die pactio legitima der XII Tafeln, deren letzte, abgesehen von ihrem Vorkommnisse als Inhalt der mancipatio oder in iure cessio (A. 216. 220), in zwiefacher Funktion auftritt: theils als Corporationsstatut[227]), theils als processualisches pactum: transactio, pactum de non petendo und vertragsmäßige Vereinbarung der litis aestimatio, und so nun wiederum in vier verschiedenen Phasen des Processes nachgelassen ist, nämlich erstens über die noch nicht in ius deducirten Rechtsansprüche wegen furtum[228]) und wegen membrum ruptum[229]); sodann in comitio d. i. in iure, somit über den bereits in ius deducirten Rechtsanspruch; ferner in foro d. i. in iudicio über die obligatio litis contestatae[230]); wie endlich über die obligatio iudicati nach eröffneter leg. a. per manus iniect., somit als pactio in der Executionsinstanz[231]).

---

226) Nicht hierher gehören die venditio trans Tiberim, die emtio hostiae und die locatio iumenti, deren Miethpreis für Opfergaben bestimmt ist, worüber vgl. § 36.

227) Gai. 4 ad l. XII tab. (D. XLVII, 22, 4): his (sc. sodalibus) potestatem facit lex (sc. XII tab.) pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.

228) Vgl. namentlich Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 14), Paul. 3 ad Ed. D. CII, 14, 17. § 1), Diocl. et Max. im C. Just. VI, 2, 13 u. a. m.

229) Vgl. namentlich Sext. Caec. bei Gell. XX, 1, 34. Verr. bei Fest. p. 363.

230) Auct. ad Her. II, 13, 20. Prisc. Inst. X, 5, 32. p. 524. H. (Schöll, XII tab. 118): rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt in comitio aut in foro — — causam coiciunto. Ein Beispiel einer in iure abzuschließenden pactio bietet Plaut. Men. IV, 2, 25 fg.; wegen der in iudicio abgeschlossenen pactio vgl. Cic. p. Rosc. Com. 13, 38 u. a. m. Für diese pactiones wird somit eine ausdrückliche Verlautbarung: orare erfordert.

231) Gell. XX, 1, 46: erat — ius interea paciscendi; Ulp. 4 ad. Ed. (D. II, 14, 7. § 13): si paciscar, ne iudicati — agatur, hoc pactum

Allein bei allen diesen Geschäften walten besondere Gründe ob, welche jene Anomalie des Fehlens vom solennen Worte rechtfertigen, wie bestimmen; denn der nicht solenne Abschluß der Ehe ist von Alters her berufen, da allein einzutreten, wo eine Ehe mit einer des connubium theilhaften peregrina abgeschlossen wurde, welcher die Fähigkeit zum Eintritte in die römische Agnation und zur Unterordnung unter die manus schlechthin versagt war (Thl. II. A. 105). Und da somit solche Ehe nach ältester Anschauung weder der Ehefrau ein Recht begründete, noch auch dem Ehemanne ein solches über Jene gewährte, da vielmehr dem Letzteren nur eine Disciplinargewalt zustand, so war nun in der That dieselbe weit mehr ein rechtlich gebilligtes und mit juristischen Folgewirkungen hinsichtlich der Descendenz ausgestattetes Lebensverhältniß, als ein ächtes und wahres Rechtsverhältniß.

Sodann die sogenannte divisio parentis inter liberos, welche als divisio patrisfamilias inter suos zweifelsohne bis in die frühesten Zeiten zurückdatirt, ist ein Geschäft, welches durchaus im innersten Kreise der Familie sich vollzog und wo um deßwillen nun, indem der paterfamilias lediglich seinen sui gegenüber und in deren Gegenwart und auf Grund seines imperium domesticum die Dispositionen über seinen Nachlaß traf, die Solennitäten für unangemessen erachtet werden mochten.

Dagegen die pactiones legitimae tragen das Gemeinsame an sich, überhaupt kein Rechtsmittel, weder Klage, noch Exception zu erzeugen. Vielmehr vermag das Corporationsstatut höchstens selbst statutarische Rechtsmittel, somit compromissarischer Beschaffenheit zu setzen [232]), in keiner Weise aber ruft seine Verletzung ein legislatives Rechtsmittel wach, wohingegen wiederum die processualische pactio nie rechtsbegründend, als vielmehr lediglich rechtszerstörend, nämlich in der Weise wirkt, ipso iure ein Klagrecht aufzuheben [233]). Und dies characterisirt

---

valet. Völderndorff, Erlaß 21 fg. nimmt an, die processualischen pactiones seien in Form der nexi liberatio gekleidet gewesen, allein ohne Grund und übersehend, daß die nexi liberatio eben kein pactum ist.

232) So in der pactio des collegium aquae bei Zell, Delect. I, 1768.

233) Auct. ad Her. II, 13, 20. Ulp. 4. 57 ad Ed. (D. II, 14, 7.

auch diese pactio im Sinne der ältesten Zeit weit mehr als ein einfaches Lebensgeschäft mit juristischer Folgewirkung, denn als ein Rechtsgeschäft. Immerhin aber ist bezüglich solcher pactio trotz des Mangels der solennen Form doch deren nuncupativer Abschluß vorausgesetzt in dem XII Tafelgesetze: rem, ubi pacunt, orato (A. 230), so daß immerhin die stillschweigende Willenserklärung hierbei ausgeschlossen ist. Und ebenso bedingt auch bei der unsolennen Ehe die Sitte die ausdrückliche Erklärung des Consenses (§ 33).

Eine weitere Ausnahme behauptet allerdings noch Degenkolb in Ztschr. f. R. G. 1870, IX, 117 fg., insofern derselbe auch das pactum oder die lex fiduciae für unsolenn, und für ein pactum mancipationi oder in iure cessioni adiectum[234]), somit für ein pactum de retrovendendo erklärt. Allein dies widerlegt sich dadurch, daß aus dem sogenannten pactum de retrovendendo die a. ex vendito oder auch praescriptis verbis, nicht aber fiduciae gegeben wird[235]); daß sodann aus dem pactum adiectum im Allgemeinen nur die Klage aus dem Hauptgeschäfte oder die a. praescriptis verbis[236]), niemals aber eine selbsteigene Klage, wie die a. fiduciae ist, gegeben wird; daß ferner noch nach Ulpian das pactum adiectum eine Klage nur dann erzeugt, wenn es einem bon. fid. negotium beigefügt ist[237]), was mancipatio und in iure cessio nicht sind; und daß endlich die Quellen die lex fiduciae nirgends

---

§ 13. 14. XLVII, 10, 11. § 1), 42 ad Sab. (D. XIII, 1, 7. pr. XLVII, 2, 46. § 5), Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 17. § 1. fr. 27. § 2), Diocl. et Max. im C. Just. 17, 2, 13.

234) Daneben steht der allgemeine Satz: alle bon. fid. negotia sind unsolenn. Dieser Satz wird widerlegt durch die dotis datio, welche solenn ist (A. 215) und dennoch arbitrium rei uxoriae erzeugt; wie gewissermaaßen durch die Stipulation mit doli mali clausula, welche a. ex stipulatu erzeugt (Beil. XIX § IV). Noch weiter gehende Sätze stellt auf Keller, Civ.-Pr. § 88; allein, wo bleiben denn dann die Klagen aus Delicten und Quasicontracten?

235) Schilling, Inst. § 334 unter b.

236) Schilling, a. O. § 331. i—l.

237) Vgl. die Darstellung der Lehre bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 4 fg.). Schilling a. O. § 331 c. 243 k. l.

als pactum adiectum, wohl aber als pactum insertum bestimmen [238]).

Was sodann die zweite Position des rigor betrifft: das solenne Wort ist das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes, so wird dessen Geltung für die obigen Rechtsacte durch die Nachweise in § 5—14, wie in § 49 fg. genügend begründet; namentlich aber wird die Thatsache, daß dieses Princip das gemeine und normale, das ipso iure herrschende ist, dadurch besonders festgestellt, daß die Anwendung des entgegenstehenden Principes der voluntas durch eine ausdrückliche entsprechende Clausel in dem Rechtsacte besonders vermittelt und veranlaßt und so gleich als Ausnahme besonders begründet werden muß (§ 5 a. E. § 13).

Der obige Kreis von Rechtsgeschäften, welchen die XII Tafeln überliefert erhielten, ward nun erweitert in Folge der lex Silia von 311—329 durch die Stipulation auf dare certum aes, sodann auf Grund der lex Calpurnia von 416—466 durch die Stipulation auf dare certum triticum, wie endlich mittelst der Interpretatio von 419—426 durch die Expensilation (Beil. XIX § VII), sowie durch die correspondirende resp. nuncupative und literale Acceptilation. Allein auch diese Rechtsgeschäfte sind, abgesehen von den oben erwähnten Freiheiten in der Novation, sowie von der Freiheit in Bezug auf dies und condicio (Thl. II A. 241), insgesammt den obigen beiden Positionen des rigor entsprechend construirt und schließen sich dessen altüberlieferter Ordnung an. Denn so wird für die Stipulation insbesondere die erste Position des rigor ausdrücklich

238) Isid. Orig. V, 25, 23: fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur, somit: fiducia ist die Mancipation oder in iure cessio (nicht aber ein pactum mancipationi adjectum) zum Zwecke der Aufnahme eines Darlehns; und übereinstimmend z. B. Gai. I, 140. 172: ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, wo nach dem constanten Sprachgebrauche der Quellen nur an lex mancipii, nicht aber an ein pactum mancipationi adiectum gedacht werden kann; und endlich auch Boeth. in Top. p. 340 Or.: fiduciam — accepit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remanpicet — —; haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur, wozu vgl. Gai. II, 59. 60.

bekundet in § 2 und 3, dessen zweite Position aber in § 5 und 6. Eine Besonderheit dagegen macht sich bezüglich der Stipulation geltend theils darin, daß dieselbe nur auf ein einziges Stichwort construirt ist, theils auch in dem technischen Sprachgebrauche, insofern deren Redeweise weder als ein lingua nuncupare, noch als ein legem dicere anerkannt ward: denn die Stipulation ist, wie keine dictio, so auch keine nuncupatio im technischen Sinne und die pecunia promissa ist weder nuncupata, noch dicta pecunia [239]. Eine weit bedeutendere Abweichung dagegen von der altüberlieferten Construction der Rechtsgeschäfte tritt in der Expensilation mit ihrer Acceptilation zu Tage: vor Allem darin, daß hier an Stelle des gesprochenen Wortes: des lingua nuncupatum das geschriebene: das stilo oder litteris nuncupatum tritt und damit nun eine bisher ganz unbekannte Geschäftsform dem römischen Rechte zugeführt ward; und sodann auch darin, daß hier ein zweiseitiges Rechtsgeschäft mit einseitiger solenner Form in das römische Recht übertritt, bei welcher nicht, wie in den altrömischen Rechtsgeschäften, der sich Verpflichtende die solennen Worte verlautbart, als vielmehr der Berechtigte d. h. derjenige, welcher das Forderungsrecht erwirbt oder von solchem sich liberirt. Allein diese völlige Anomalie des Literalcontractes erklärt sich daraus, daß derselbe als ein in seinen Formen und Ordnungen durchaus abgeschlossenes Gebilde aus fremder Culturſphäre, aus großgriechischem Rechte entstammt, in das römische Recht recipirt wurde (Thl. II § 34).

Aus alle Dem aber ergiebt sich, daß, abgesehen von der unsolennen Eheschließung, der divisio patrisfamilias inter suos und der pactio legitima, wie abgesehen von dem Falle, wo der Handelnde selbst seinen Act ausdrücklich der Herrschaft der

---

239) Wegen der nuncupata pecunia insbesondere vgl. Varr. LL. VI, 7, 60 Fest. p. 173. Zu dicere steht die Stipulation nicht in dem Verhältnisse einer Unterart, als vielmehr des Gegensatzes, so dotem promittere im Gegensatze zu dotem dicere, und so auch stipulari oder dergl. im Gegensatze zu legem dicere (s. § 53 a. E.), wie z. B. bei Qu. Muc. Ὅρων (D. L, 17, 73. § 4), Pap. 27 Quaest. (D. XIX, 5, 8), Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 4, 20. § 1), Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 54, 9.

voluntas unterstellt, das Princip des verbum das gesammte Gebiet der Rechtsacte ausschließlich und vollständig beherrscht. Und diese Thatsache wird nun auch besonders bezeugt durch

Cic. p. Mur. 12, 27: in omni iure civili aequitatem reliquerunt (sc. iureconsulti), verba ipsa tenuerunt (vgl. Thl. I § 10).

§ 33.

Die Stellung des rigor gegenüber der Nationalanschauung.

Daß die in § 32 dargelegte ausschließliche Herrschaft vom Principe des verbum innerhalb der Sphäre des Rechtes von vorn herein getragen ist von der Nationalanschauung der Römer und in vollster Uebereinstimmung mit der Letzteren steht, ist eine Thatsache, die als selbstverständlich sich erweist, sobald man überhaupt in dem Rechte das Product des Volksgeistes würdigt. Der Volksgeist selbst erforderte jenes Princip sammt allen seinen Consequenzen als die angemessene und nützliche Ordnung und als das Billige im Sinne seiner Zeit (§ 9 unter 1). Diese Anschauung selbst aber geht zurück in eine vorrömische Zeit: denn aus der Thatsache, daß wir in den Particularrechten der latinischen Staaten die Mancipation und so auch mit fiducia und als Adoptions-Modus vorfinden (Thl. II A. 234), erhellt, daß jenes Princip der Solennität des Rechtsactes bereits dem vorrömischen Latium angehörte und daß Rom von hier aus, wie das gesammte Mancipationsrecht insbesondere, so auch das Princip des verbum im Allgemeinen als ein Angebind und Erbtheil seiner Vorfahren überliefert erhielt. Ja wer mit Aufmerksamkeit die Trümmermasse prüft, in welcher, Altes und Neues nach rein äußerlicher Ordnung verbunden, die Ueberlieferungen aus den hellenischen Rechten uns dargeboten sind, dem werden mannichfache Bruchstücke nicht entgehen, welche darauf hinweisen, daß jenes Princip der Solennität der Rechtsacte bereits der voritalischen Periode angehört habe [240]. Von hier aus aber hat nun jenes Princip des verbum Jahrhunderte hindurch in Herrschaft sich erhalten und so nun auch während des ganzen gegenwärtigen Zeitraumes

240) Vgl. z. B. Hudtwalcker, Diäteten 47 A. 44.

seine Geltung behauptet. Und wie fest und tief solche Anschauung in dem röm. Volksgeiste wurzelte, dafür bieten sich verschiedene durchaus significante Beispiele, welche die Verwendung einer typischen und feierlichen Geschäftsform da bekunden, wo ein gesetzliches Erforderniß einer solchen gar nicht vorliegt, somit aber lediglich die nationale Sitte und Anschauung es ist, welche solche Geschäftsform aus freiem Antriebe zur Anwendung bringt (vgl. § 37). Und zwar sind es zwei Gebiete, in denen solche Erscheinungen hervortreten: das der bürgerlichen Sitte, sowie das des Rechtes selbst in Bezug auf die beiden unsolennen Geschäfte der Eheschließung und pactio.

Zunächst in der Sphäre der bürgerlichen Sitte ist es zuvörderst das Verlöbniß, welches, in keiner Periode des römischen Rechtes zum Rechtsgeschäfte erhoben und daher niemals mit Contractsklage bewehrt (Beil. XIX. A. 116), von ältester Zeit her in solenne Rede sich kleidete und zwar, wie schon der Name sponsalia besagt, in die nämliche Stipulationsform, welche, auf certam pecuniam oder certum triticum dare gerichtet, später von der lex Silia und Calpurnia für klagbar erklärt und insofern daher zum Contracte erhoben wurde [241]) (Beil. XIX § V unter 1). Im Besonderen vollzog sich somit solches Lebensgeschäft in Form einer initiativen Frage, welche männlicher Seits von dem Gewalthaber des zu Verlobenden oder von dem Letzteren selbst, dafern sui iuris, an den Gewalthaber oder Tutor des Mädchens gerichtet wurde und welche lautete: „Spondesne tuam filiam (oder agnatam oder dergl. filio meo (oder mihi) uxorem dari (oder uxorem schlechthin)“, worauf dann der desponsor erwiderte: „Dii bene vortant! Spondeo“, und worauf endlich die Gegenpart den Act ebenfalls mit dem Ausrufe schloß: „Dii bene vortant“ [242])! Und gerade

241) Ulp. de Spons. (D. XXIII, 1, 2): moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras.

242) Plaut. Trin. V, 2, 33 fg.: Lu. Sponden' tu — tuam gnatam uxorem mihi? Ch. Spondeo. Lu. Istac lege filiam tuam sponden' mi uxorem dari? Ch. Spondeo; vgl. II, 4, 100: fabulare: „Di bene vortant! Spondeo“; 172: „Di bene vortant! Spondeo“. Poen. V, 3, 37 f.: Ag. tuam mihi maiorem filiam despondeas. Ha. Pactam rem habeto. Ag. Spondesne igitur? Ha. Spondeo. Aul. II, 2, 77 fg. Alc. mihi

jene Form ist auch noch vor der Klagbarmachung der Stipulation in mannichfachen anderweiten Beziehungen in dem römischen Lebensverkehre in Anwendung gekommen, so z. B. bei der Wette (vergl. Beil. XIX § VII unter I).

Gleicher Modalität der prägnanten Frage und Antwort, gerichtet auf den Inhalt der pactio begegnen wir auch bei

Plaut. Mil. II, 5, 43 fg.: Scel. te nusquam mittam, nisi das firmatam fidem | te huc, si omisero, intro ituram. Phil. Do fidem, si omittis, isto me intro ituram;

ingleichen bei einer Vereinbarung in Plaut. Capt., welche, dem Gesichtspunkte des Innominatcontractes und zwar des contractus aestimatorius unterfallend, zu Plautus' Zeit noch nicht Rechtsgeschäft ist. Der Sohn des Aetolers Hegio, Namens Philopolemus, ist nämlich in die Kriegsgefangenschaft der Elier gerathen; Hegio kauft nun zwei elische Kriegsgefangene: den Philocrates und dessen Sclaven Tyndarus, und vereinbart mit dem Ersteren, daß der Letztere nach Elis zurückgeschickt werde, um mit dem Vater des Philocrates die Auswechselung desselben gegen den Philopolemus zu bewirken. Diese pactio nun wird II, 2, 101 fg. in den Worten verlautbart:

He. mittam equidem istunc (sc. Tyndarum) aestumatum tua fide, si vis.
Ty. (i. e. Philocrates) Volo.
He. Num quae causa'st quin, si ille huc non redeat, XX minas mihi des pro illo?
Ty. (i. e. Philocrates) optume immo; vgl. auch Plaut. Rud. IV, 3, 14 fg. Ter. Her. I, 2, 37 fg. und dergl.

---

despondes filiam? — — Ev. Spondeo. Me. Di bene vortant! Curc. V, 2, 74: Ph. spondesne — mihi hanc uxorem? Th. Spondeo. Ungenannter Komiker bei Varr. LL. VI, 7, 71: sponden' tuam gnatam filio uxorem meo? vgl. ungenannten Tragiker bei Varr. cit. 72: meministin' te despondere mihi gnatam tuam? (Beil. XIX. A. 88. 91.) Wegen der Formel Dii bene vortant vgl. Brisson. de Form. I, 110 — In Latium, wo das Verlöbniß Rechtsgeschäft und zwar klagbarer Contract war, trat dem entsprechend neben die obige Stipulation noch eine zweite, wodurch der Verlobte zur Eingehung der Ehe sich verpflichtete: Serv. de Dot. bei Gell. IV, 4 und dazu Mommsen, ad cap. duo Gelliana. Berl. 1868.

Und nicht minder gehört hierher auch der Eid, der, wenigstens als privater Act im Gegensatze zu dem völker-, staats- und sacral-rechtlichen Eide, unsolenn (§ 41) d. h. zwar an Worte, nicht aber an eine absolute und solenne Formel gebunden ist, gleichwohl aber häufig auf feierliche Worte concipirt wird (A. 357).

Endlich in der Mitte der beiden Gruppen der hier betrachteten Vorkommnisse stehen die Formeln des Abschlusses der emtio venditio, in welche die Letztere gekleidet wurde bereits bevor sie zum Contracte erhoben ward, welche aber auch nach diesem Zeitpunkte noch für dieselbe beibehalten wurden. Auch die emtio venditio vollzog sich nämlich in Form einer initiativen Frage des emtor: das emtum rogare [243]), welches dahin sich concipirte: Stichus centum (oder dergl.) est mihi emtus [244])? und einer correspondirenden Antwort des venditor: der addictio [245]), dahin lautend: Stichus tibi emtus esto (oder erit)

---

243) Jul. 8 ad Urs. fer. (D. XVIII, 1, 41. pr.): emtum rogare, — — veluti si hoc modo emtor interrogaverit: etc. (s. A. 244); parallel conductum rogare bei Jav. 7 ex Cass. (D. XVIII, 6, 16).

244) Plaut. Ep. III, 4, 35 fg.: Mi. Estne empta mihi haec? Pe. Istis legibus habeas licet. Varr. RR. II, 2, 5: cum emtor dixit: Tanti „sunt mi emtae?“ et ille respondit: „Sunt[o]“! Jav. 2 Ep. (D. XVIII, 1, 64): „fundus ille est mihi et Titio emtus?“ Jul. 8 ad Urs. Fer. (D. XVIII, 1, 41. pr.): „erit mihi fundus emtus ita, ut eum intra kal. Jul. liberes“ oder „ita, ut eum intra kal. a Titio redimas?“ Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 7. § 2): „est mihi fundus emtus C et quanto pluris eum vendidero?“ Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 34. § 6): „est mihi emtus Stichus aut Pamphilus?“ und (D. XVIII, 6, 8. § 1): „est ille servus emtus, sive navis ex Asia venerit sive non venerit?“ vgl. Gai. III, 140: quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emta. Vgl. Brisson. de Form. VI, 1. Sell in Sell's Jahrb. II, 10. A. 5.

245) Plaut. Poen. II, 50: addice tuam mihi meretricem; Capt. I, 2, 78: si fundum vendam, meis addicam legibus; Merc. III, 4, 31: addicta atque abducta est; Cic. Har. Resp. 13, 29: addictum pecunia tradidisti; Phil. II, 21, 52: vendita atque addicta sententia; ad Att. X, 5, 3. Plin. H. N. XIV, 4, 50: CCCCM nummum emptori addicta; XVII, 1, 3 fg.: Cn. Domitius — — hs. pro domo eius identidem promittens et Crassus — — addicere se respondit. Plin. Ep. VII, 11, 1: hereditarios agros — non exspectata auctione — — Corelliae addixerit; Jul. 44 Dig. (D. XLI, 4, 7. § 6) u. a. m. Diese addictio tritt in den Quellen am markirtesten hervor bei der in diem addictio, auctio, emtio

centum[246])! worauf dann Seitens des emtor im Falle der Creditgewährung das Versprechen 'der künftigen Bezahlung des Kaufpreises' an dem vereinbarten Zahltage: das expromittere nummos[247]) ebenfalls in typischer Rede erfolgte.

Sodann innerhalb der Rechtssphäre ist zunächst der Abschluß der pactio als Corporationsstatut gesetzlich zu allen Zeiten unformal geblieben[248]); allein das Leben brachte auch hier verschiedene Formen einer typischen oder solennen Willenserklärung in Anwendung, welche das S. C. de Bacchan. v. 568 aufzählt[249]) und deren drei sind: die sacrale Form des iusiurandum: das coniurare und convovere (§ 38), die civile, wenn auch nicht nothwendig klagbegründende Form der Stipulation: conspondere und compromittere (Beil. XIX § VI unter I), sowie die der Sphäre des Moralgesetzes angehörige Form des fidem inter se dare (§ 38). Und diese Formen wurden demnach angewendet bei Verpflichtung der Mitglieder

---

sub corona, sectio bonorum und dergl. Vgl. Schirmer, de voluntar. privator. auction. Vratisl. 1858. A. 106.

246) Scaev. 2 Resp. (D. XIX, 1, 48): „fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emtus tot nummis!“ Ulp. 3 Disp. (D. XVIII, 1, 37): „erit tibi emtus tanti, quanti a testatore emtus est!“ 32 ad Ed. (D. XVIII, 4, 11): „si qua sit hereditas, est tibi emta!“ Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 1): „ille fundus C esto tibi emtus!“ Inst. Just. III, 23, 4: „Stichus — sit tibi emtus aureis“ tot! vgl. Plaut. Epid. und Varr. in A. 244; Caecil. Statius Aethr. bei Diomed. I. p. 386 K.: actutum voltis? empta est! noltis? non empta est! Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 1, 35. § 1): quanti aestimaveris, habebis emtum. Diese Formel, wie die in A. 244 sind nachgebildet denen der Mancipation: A. 67.

247) Varr. RR. II, 2, 5: emtor — expromisit numos; vgl. Jul. 1 ad Urs. Feroc. (D. XXX, 1, 104. § 1). Gessner, Lex. Rust. s. v. irrt, wenn er dieses expromittere als die in Stipulationsform geschlossene expromissio auffaßt; ward über den Kauf stipulirt, so folgte erst der obigen Wechselrede die Stipulation nach, wie Varr. l. c. ausdrücklich bezeugt.

248) So noch das S. C. in der lex collegii Dianae et Antinoi v. 136 lin. 11 bei Mommsen, de colleg. et sodal. 98: [quibus coire, co]nvenire collegiumque habere liceat.

249) C. J. L. I n. 196 lin. 13 fg.: neve post hac inter sed conioura[se neve] comvovise neve conspondise | neve conpromesise velet neve quisquam fidem inter sed dedise velet.

einer Corporation auf deren Statut sei es bei deren Stiftung, sei es bei späterer Aufnahme von Mitgliedern, ohne daß irgend welche gesetzliche Nöthigung für Anwendung solcher Formel gegeben war.

Und sodann bei dem Abschlusse der Ehe, mag solcher nun in der juristisch solennen Form der confarreatio oder coëmtio, oder mag er juristisch unsolenn geschehen, begegnen wir nicht allein, wie bei anderen Völkern, einem reichen Apparate von solennen und resp. symbolischen Handlungen, welche der Sphäre der bürgerlichen Sitte angehören [250]), sondern auch althergebrachten, typischen Formen, in Gestalt einer Wechselrede auftretend: vor Eintritt der Neuvermählten in das Haus des Mannes und an dessen Thüre richtet der Letztere eine in ihrem traditionellen Wortlaute nicht überlieferte interrogatio an die Frau, weß Namens sie sei (quaenam vocetur), worauf diese dann mit der Formel antwortete: quando oder quandoque tu Gaius, ego Gaia, worin daher nicht minder eine durchaus nur der bürgerlichen Sitte, nicht aber dem Rechte angehörige feierliche Formel der Willenserklärung uns entgegentritt [251]).

Alle diese Beispiele aber bestätigen den obigen Satz, daß in dem römischen Volksgeiste eine besondere Hinneigung und Vorliebe für die solenne Formel, für die typisch und pointirt präcisirte Willenserklärung vorwaltete und daß somit das Recht

---

250) Ueber die Hochzeitsgebräuche s. Roßbach, r. Ehe 254 fg. Derselbe bemerkt in A. 758: „Mit Recht hat man auch aus der Ueberschrift des Digestentitels de ritu nuptiarum (23, 2) geschlossen, daß „die Hochzeitsgebräuche einst eine rechtliche Geltung besaßen." Ich vermöchte allerdings zu begreifen, wenn man auf einen Titel der XII Tafeln für vor- oder urrömische Zeiten eine derartige Hypothese stützte, allein wie ein Digestentitel zu solchem Beweisfundamente dienen kann, dies ist mir unverständlich; wenigstens ist zuvor der Nachweis abzuwarten, welches Alter man wohl den Digestentiteln beimißt. Uebrigens paßt nicht zu jener Hypothese, daß nach Roßbach 262 die Hochzeitsgebräuche nur bei Ehen der Jungfrauen Anwendung finden, man müßte denn etwa ein doppeltes Eherecht, für Jungfern- und für Wittwen-Ehen, annehmen wollen.

251) Roßbach, a. O. 352. Mommsen, r. Forsch. I, 11. A. 7, wozu vgl. noch Velius Longin. p. 2218 P. Ein arger Irrthum liegt in der Annahme von Marquardt, r. Alterth. V, 1. A. 227, jene Formel sei ein Bestandtheil der coëmtio gewesen; vgl. A. 214.

nur eine besondere Kundgebung jener Volksanschauung darbietet, indem es auch für seine Geschäfte die solenne Formel beibehielt, ja daß das Recht sogar von den Anforderungen des Volksgeistes nachläßt, indem es in der pactio, wie dem matrimonium die Willenserklärung ohne solenne Formel frei giebt.

§ 34.

Stellung des rigor gegenüber dem Lebensverkehre.

Ueberblickt man die Reihe der in § 32 zusammengestellten Rechtsgeschäfte des XII Tafelrechtes, so sind es zwei Momente, welche auf den ersten Blick der Wahrnehmung entgegentreten: theils die beschränkte Zahl an Rechtsgeschäfts-Figuren, mit denen jenes Recht sich behalf, theils der schwerfällige und umständliche Apparat an Formeln, wie theilweis auch an anderen Solennitäten, so insbesondere der Zeugen, der den größeren Theil jener Rechtsgeschäfte umgiebt. Diese beiden Momente sind nun vor Allem näher festzustellen, um so zu einer richtigen Würdigung ihrer historischen Bedeutung zu gelangen.

Zunächst aber jener erstere Moment: die beschränkte Zahl an Rechtsgeschäfts-Figuren betrifft nicht das Familien- und Erbrecht, und ebenso wenig das dingliche Recht: denn für das Familienrecht genügen die arrogatio und confarreatio sammt diffareatio, die mancipatio und in iure cessio in ihren mannichfaltigen Constellationen und Verwendungen, wie endlich das divortium und der Consens des unsolennen Eheabschlusses vollkommen, um alle diejenigen Geschäfte zu vermitteln, welche durch die familienrechtlichen Interessen erfordert werden. Und ebenso läßt sich im Erbrechte ohne Hemmniß für die maaßgebenden Interessen mit den beiden Rechtsgeschäften auskommen: Testament und cretio, während wiederum für das dingliche Recht es genügt, wenn dessen Uebertragung auf Grund einer vorausgängigen Veräußerung durch ein einziges Rechtsgeschäft vermittelt wird. Wohl aber tritt jener Moment sehr markirt hervor in der Sphäre des Vertragsobligationen-Rechtes, da hier, abgesehen von der dotis dictio, der vadimonii promissio und der pactio legitima, nur nexum und nexi liberatio, wie mancipatio und obligatorische lex mancipii mit Einschluß des pac-

tum fiduciae gegeben sind gegenüber den so mannichfaltigen Lebensinteressen des obligatorischen Geschäftsverkehres. Diese numerische Beschränktheit wird indeß einiger Maaßen paralysirt durch die außerordentliche Elasticität jener Rechtsgeschäfte, durch die große Vielseitigkeit ihrer Verwendbarkeit, welche selbst wieder auf der Eigenthümlichkeit ihrer Structur, nämlich darauf beruht, daß jene Rechtsgeschäfte in ihrer Wesenbestimmung mehrfach in hohem Maaße unabhängig gestellt sind von wirthschaftlichen oder pecuniären Proportionen. Wenn nämlich im Gegensatze zu dem unsolennen Geschäfte, dessen Arteigenthümlichkeit und Individualität nach realen, sei es wirthschaftlichen, sei es personalen Kategorien sich bestimmen, das solenne Rechtsgeschäft nach formalen Merkmalen, nämlich nach seinen certa, solennia, directa verba d. i. nach der solennen Formel seine Wesenbestimmung empfängt (§ 1), so ist nun allerdings mit solcher Wesenheit des solennen Geschäftes nicht unvereinbar, daß nicht neben jenen formellen Merkmalen auch derartige reale Momente zur Geltung gelangen und die Verwendbarkeit des Geschäftes maaßgebend bestimmen; denn so erhalten ja z. B. die arrogatio, confarreatio und diffareatio, heredis institutio, legatum, tutoris datio und optio, dotis dictio und vadimonii promissio zwar nach ihren verba solennia ihre Wesenbestimmung, allein indem auch wiederum die wirthschaftlichen oder personalen Verhältnisse genau bestimmt sind, bezüglich deren jene verba solennia Anwendung finden können, so gewinnen doch neben den formalen Merkmalen zugleich auch diese realen Momente einen mitbestimmenden Einfluß auf jene Rechtsgeschäfte. Allein bei anderen Rechtsgeschäften wiederum treten derartige reale Merkmale in weit höherer Maaße zurück,[252]) indem dieselben in der Weise sachlich allgemein gehalten sind, daß innerhalb der durch sie gegebenen Gränzen die verschiedensten wirthschaftlichen Proportionen umfaßt werden und zur Ausprägung gelangen können. Denn wenn z. B. die Mancipation neben ihren verba solennia

---

252) Vollständig abgelöst von allen realen und insbesondere wirthschaftlichen Momenten ist kein einziges solennes Rechtsgeschäft: selbst die Stipulation ist beschränkt auf die Obligation im Gegensatze zum dinglichen Recht. Im Uebrigen vgl. § 35. 37.

auch darin eine Wesenbestimmung empfängt, daß dieselbe eine entgeltliche venditio oder Veräußerung mit Uebertragung des dinglichen Rechtes ist, so liegt nun ein höherer Grad von realer Allgemeinheit und somit von Unbestimmtheit darin, daß ebensowohl die sämmtlichen den XII Tafeln bekannten dinglichen Rechte: Eigenthum, Servitut, Erbrecht, patria postestas, manus, mancipium durch Mancipation übertragbar sind, als auch das Maaß des zu gewährenden Entgeltes ganz dem Ermessen der Paciscenten überlassen. ist, so daß bei Vereinbarung eines rein nominellen Entgeltes die Mancipation thatsächlich zu einer donatio sich gestaltet. Und indem wiederum durch das pactum fiduciae jene Uebertragung des dinglichen Rechtes zu einer revocabeln gemacht wird und damit die Möglichkeit gegeben ist, solches Recht nur auf einen einzigen Moment zu übertragen, so ward nun hierdurch wiederum die Mancipation geeignet, die darin liegende Veräußerung gar nicht zum Zwecke der Veräußerung selbst, als vielmehr im Dienste anderer juristischer oder praktischer Zwecke vorzunehmen und so dieselbe zu einem Scheingeschäfte zu gestalten, als welche sie namentlich bei der Adoption und Emancipation, wie auch bei der coëmtio sich vorfindet. Und wie sodann die lex mancipii im Allgemeinen für den verschiedensten Inhalt empfänglich ist, so nun ist das pactum fiduciae insbesondere zwar in seinem Inhalte darauf beschränkt, die Revocabilität des veräußerten dinglichen Rechtes zu vereinbaren, trotzdem aber dabei fähig, den verschiedensten praktischen und insbesondere wirthschaftlichen Interessen zu dienen, ein Moment, dem auch das Recht selbst wiederum insoweit Rechnung trägt, als es die fiducia in eine doppelte Unterart zerlegt: als fiducia cum creditore, bei welcher der fiduciae accipiens zur Rückgabe der fiducia nur gegen ein bedungenes Entgelt verpflichtet ist, deren Formel daher als wesentlichen Bestandtheil eine hierauf bezügliche Clausel enthielt und deren Klage auf das simplum sich richtet; und als fiducia cum amico, bei welcher der fiduciae accipiens ohne bedungenes Entgelt zur Rückgabe verpflichtet ist, deren Formel daher der obigen Clausel entbehrt, deren Klage nun aber auf das duplum sich richtet[253].

---

253) Vgl. Thl. II, 541. Andere Ansichten vertreten Demelius, Unter-

Und so nun findet insbesondere diese fiducia cum amico nicht allein Verwendung bei familienrechtlichen Rechtsgeschäften: bei coëmtio fiduciae causa, bei datio in adoptionem und bei emancipatio [254]), sondern auch bei den mannichfachsten pecuniären Geschäftsproportionen, so bei depositum [255]) und so zweifelsohne auch bei commodatum, sodann bei resolutiv gestellter mortis causa donatio [256]) und so zweifelsohne auch als Form der donatio sub modo, wo die remancipatio auf den Fall der Richterfüllung des Modus gestellt wird [257]); ferner als Form der resolutiv gestellten noxae datio, dafern die remancipatio auf den Fall gestellt wird, daß der noxae deditus bei angestellter Tortur als unschuldig sich erweist [258]) und so zweifelsohne auch bei dotis datio (f. A. 214) so, daß die remancipatio dotis auf den Scheidungsfall gestellt ist; nicht minder als Form der emtio venditio, dafern das zu einem opus faciendum Gelieferte und das opus faciendum selbst res communis des emtor und venditor werden soll [259]), sowie als Form, um eine dingliche Oblast, wie z. B. den ususfructus bei der remancipatio auf ein Grundstück zu legen [260]), überhaupt aber für alle Innominatcontracte auf do ut reddas, dafern das reddere unentgeltlich ist. So daher, indem ein Theil der solennen Ge-

---

uchungen I, 29 und in Ztschr. f. R. G. II, 225. Asher in Ztschr. f. Civilr. u. Proc. R. F. XXII, 277 fg. Ubbelohde, Gesch. d. ben. Realcontracte § 22.

254) Gai. I, 114. 115. 195ᵃ. — I, 134. 140. — I, 132. 137. 140. 172.

255) Gai. II, 60. Boëth. in Top. p. 340. Or. Paul. 31 ad Ed. (D. XVI, 3, 13. § 1.)

256) Pap. 13 Resp. (D. XXXIX, 6, 42), wozu vgl. 12 Resp. (fr. Vat. 252ᵃ), Liv. XXXII, 38, 2, Keller, Inst. 344. Voigt, Cond. ob caus. 725.

257) Voigt, a. O. 710.

258) Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 4, 15) und dazu Voigt, a. O. 701 fg.

259) Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 2): si aream tibi vendidi certo pretio et mancipio dedi (Trib.: tradidi) ita, ut insula aedificata partem dimidiam mihi remancipes (Trib.: retradas).

260) So z. B. Paul. 1 Man. (fr. Vat. 51): adquiri nobis potest ususfructus et per eos quos in potestate, manu mancipiove habemus — — per mancipationem ita —, ut nos proprietatem, quae illis mancipio data sit, deducto usufructu remancipemus.

schäfte so construirt war, daß dieselben auf wesentlich verschiedene Geschäftsproportionen anwendbar waren, so gewannen nun damit dieselben den Character äußerster Elasticität und freiester Verwendbarkeit, die Fähigkeit, gleich einem Gefäße, nicht allein einen verschiedenen Inhalt in sich aufzunehmen, der einfach die nämliche wirthschaftliche Proportion in individuell verschiedener Weise ausprägt, sondern auch Geschäfte in sich aufzunehmen, die auf wesentlich verschiedenen wirthschaftlichen Proportionen beruhen. Ja einer parallelen Erscheinung begegnen wir sogar bezüglich eines unsolennen Geschäftes, der legitima pactio insofern, als man die Publicanen-Societät auf die Rechtsfigur der Corporation zurückführte (während dieselbe doch vielmehr societas war), weil man zur Zeit des Aufkommens Jener diese letztere als Contract noch nicht kannte[261]).

Dennoch aber, wenn immer diese Elasticität der Rechtsgeschäfts-Figuren jenen Uebelstand ihrer geringfügigen Zahl bedeutend abschwächt, beseitigt sie denselben doch durchaus nicht vollständig, indem noch zahlreiche und wichtige Geschäfts-Proportionen verbleiben, die nicht oder doch nicht ohne größere Unbequemlichkeiten in jene Geschäfts-Formen sich hineinpassen ließen, wie namentlich die Credit-Geschäfte im Allgemeinen[262]) und donatio oder emtio venditio insbesondere, ingleichen locatio conductio, mandatum, societas, wie überhaupt alle auf ein facere gerichteten Geschäfte, während gleichwohl ein Theil solcher Verkehrsverhältnisse erweislich bereits in der frühesten Periode des römischen Volkslebens sich vorfindet, wie z. B. die

---

261) Aus Liv. XXIII, 48, 10. c. 49 erhellt, daß die Publicanen-Societäten älter sind als 537. Im Uebrigen vgl. Schilling, Inst. § 313 nn. oo.

262) Die XII Taf. erforderten bezüglich der Mancipation zweiseitige Erfüllung Zug um Zug: Tradition gegen Zahlung des pretium emtionis. Creditirung der Tradition ist ihnen unbekannt und wird erst in der 2. Periode für möglich erklärt (A. 475[a]); Creditirung des pretium emtionis lassen die XII Taf. nur insoweit nach, als sie an Stelle der Zahlung Satisdation durch vades gestatten (A. 80. 218), wogegen Gewährung von unverbürgtem Credit des pretium ausgeschlossen ist: J. Just. II, 1, 41 und Theoph. in h. l. (Thl. II, 541. 543. Beil. XII, § XI). Und gleiche Ordnung findet sich in der Legislation des Charondas von Thurii: Thl. II A. 235 und in dem attischen Rechte: Platner, Proc. II, 340.

emtio auf Credit, die locatio conductio rei[263]), wie operis[264]), und das pignus[265]). Auch die Reception der Stipulation auf dare certum aes, wie triticum und des Literalcontractes (§ 32) brachte hierin nur theilweise Abhülfe.

Sodann der zweite der obigen beiden Momente ist gegeben in der eigenthümlichen Gestaltung jener Geschäfts-Formen: in deren Schwerfälligkeit und Complicirtheit im Allgemeinen, insbesondere aber in dem Erfordernisse einer Mehrheit von Solennitätszeugen, welches gerade bei den für den bürgerlichen Verkehr allerwichtigsten Geschäften: bei mancipatio, nexum und den denuntiationes sich vorfindet. Zwar fällt nun dieser Moment nicht ins Gewicht bezüglich der Familien-, wie erbrechtlichen Geschäfte, da hier die Wichtigkeit der dadurch betroffenen Interessen allenthalben die Anwendung eines reicheren Apparates an Solennitäten oder Formen gerechtfertigt erscheinen läßt; wohl aber sind es die dem dinglichen, wie dem Obligationen-Rechte angehörigen Rechtsgeschäfte, bei welchen namentlich dann, wenn dadurch nur geringfügige pecuniäre Interessen betroffen wurden, es der Mühe sich nicht lohnte, jenen umständlichen juristischen Apparat in Anwendnng zu bringen, da die Geringfügigkeit des Zweckes solchem großartigen Mittel nicht entsprach. Und wenn nun in dieser Sachlage allerdings eine wichtige Aenderung durch die Reception der Stipulation herbeigeführt ward, so ist doch wiederum der Wirkungskreis derselben während des hier fraglichen Zeitabschnittes ein zu beschränkter, als daß damit eine durchgreifende Beseitigung jenes Uebelstandes gegeben gewesen wäre.

---

263) Gai. IV, 27: introducta est pignoris capio — lege XII tab. adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet, item adversus eum, qui mercedem non redderet, pro eo iumento, quod quis — locasset.

264) Eine locat. cond. operis ältesten Datums ist die locatio funeris, welche mit einem libitinarius abgeschlossen wurde, der das Begräbniß in Accord übernahm und das erforderliche Material, wie Personal, so z. B. die tibicines (XII Taf. bei Cic. de Leg. II, 23, 59), die vespae, vespillones (Leichenträger und Todtengräber s. Zeyß in Kuhn's Ztschr. f. vergl. Sprachforsch. 1870 XIX, 178 fg.) stellte; vgl. Marquardt, r. Alterth. V, 1, 380.

265) So in dem foedus Cassianum v. 261 (Thl. II A. 152. 193) und in der sogenannten leg. a. per pignoris capionem.

Diese beiden Momente zusammen: jener Mangel an Rechtsgeschäfts-Figuren für zahlreiche Lebensverhältnisse und Verkehrsbewegungen, wie dieses schwerfällige und schleppende, ungelenkige und beschwerliche Wesen der gegebenen Rechtsgeschäfts-Formen lassen aber erkennen, daß der rigor das Gebiet des Rechtsgeschäftes in dem ältesten Rechte in äußerstem Maaße beschränkte, zahlreiche Verkehrsverhältnisse sei es direct, sei es indirect von der Rechtsordnung ausschließend, und ergiebt nun so ein rechtshistorisches Problem von hoher Bedeutung in der Frage, wie mit jenem Rechte der bürgerliche Verkehr des alten Rom und namentlich das tägliche Leben auskommen und sich behelfen konnte. Diese Frage aber ist bis jetzt nur ganz vereinzelt in das Auge gefaßt, dann aber auch durch die Annahme gelöst worden, es sei bereits im ältesten Rechte neben den in § 32 zusammengestellten Geschäften noch eine zweite Gruppe von unsolennen Rechtsgeschäften mit durchaus parallelen wirthschaftlichen Funktionen gegeben, somit also bereits das XII Tafelrecht von dem Gegensatze des strictum ius und des aequum et bonum durchsetzt und gespalten gewesen[266]. Allein wie diese Annahme mit absoluter Sicherheit als ein historischer Irrthum zu verwerfen ist, der zu dem schroffsten Conflict mit allen Zeugnissen über die geschichtliche Entwickelung des römischen

---

266) So statuirt Huschke, Nexum 48 fg. neben fiducia das pignus, neben mancipatio die traditio, neben nexum das mutuum: „denn wer wird glauben, daß, wenn Jemand z. B. mit einem Freunde in einen Laden ging, etwas zu kaufen, und ihm einige sextantes fehlten, der Freund sie ihm in Form des nexum geliehen haben werde?“ Und ebenso Arndts in Haimerl's Oesterr. Vierteljahrsschr. 1866 XVII, 194: „Ist es denn wohl wahrscheinlich, daß man in den Zeiten von den XII Taf. bis Cicero es auch nur anständig, geschweige denn für einen diligens paterfamilias nothwendig gefunden habe, sich den Umständlichkeiten der fiducia zu unterziehen, wenn man auf kurze Zeit der Abwesenheit, z. B. um der Weinlese auf seinem Landgute beizuwohnen, seine Baarschaft oder Bücher und dergl. — — der Obhut eines befreundeten Bürgers oder eines ergebenen Freigelassenen anvertrauen wollte, und daß man, wenn man es versäumt und in der Treue des Erkorenen sich geirrt hatte, ohne Rechtshilfe gewesen sei?“ Vgl. dagegen Thl. II § 68. Durch gleiche Deduction ließe sich überdem ja auch beweisen, daß das pactum do ut manumittas und dergl. bereits nach den XII Taf. klagbar war.

Privatrechtes, wie Civilprocesses unabweisbar führt, so ergiebt sich andererseits die Lösung jenes Problemes in einer ganz anderen Richtung und zwar aus den beiden Thatsachen, daß in dem alten Rom einestheils ein großer Theil der Lebens- und Verkehrsverhältnisse, welche in späteren Jahrhunderten sehr wichtige Rechtsverhältnisse ergaben, einer juristischen Regelung an sich noch gar nicht bedurfte, anderntheils aber auch der bürgerliche Verkehr und das geschäftliche Leben zum großen Theile ganz außerhalb der Gränzen des Rechtes und lediglich innerhalb der Sphäre der bürgerlichen Sitte, der mores sich bewegte.

Und zwar beruht jener erstere Punkt theils darauf, daß Rom in dem gegenwärtigen Zeitabschnitte in culturhistorischer Beziehung in der Agriculturperiode sich befindet, und der Mercantil- und Industrieperiode noch durchaus fern steht (Thl. II § 71 fg.): denn in Folge dessen ist die gesammte Gruppe von Verkehrsbewegungen und Geschäftsverhältnissen, welche erst durch die Bedürfnisse und Gestaltungen des großen Handels und dessen regeren und ausgedehnteren Verkehr hervorgerufen werden, dem alten Rom völlig unbekannt, so die Societät, das große Creditgeschäft, das Commissionsgeschäft, die kaufmännische Procura, wie alle auf den Seehandel bezüglichen Rechtsverhältnisse (Thl. II § 75); theils aber auch darauf, daß Rom zu gleicher Zeit auch noch in der Periode innerer und wirthschaftlicher Isolirtheit sich befindet, wo durch Selbstproduction und eigene Arbeit die Bedürfnisse des täglichen Lebens zum größten Theile gedeckt und befriedigt werden[267], in Folge dessen aber mannichfache Geschäftsproportionen an volkswirthschaftlicher Bedeutung um ein Bedeutendes verlieren, wie emtio venditio und locatio conductio operis, wie operarum.

Was dagegen jenen zweiten Punkt betrifft, so ist derselbe in § 36 im Besonderen darzulegen.

---

267) Vgl. Thl. II A. 727b. Für den historischen Beweis dieses Satzes bieten die Quellen reiches Material: allein dasselbe läßt sich hier nicht verwerthen, weil jener Beweis zu weit ableiten würde von unserer Aufgabe.

§ 35.
Die durch den rigor bedingten Consequenzen in der Rechtstheorie.

Die fast ausschließliche Geltung des rigor reflectirt in gewissen Rechtsordnungen, welche als Consequenzen durch jenes Princip bedingt sind..

Und zwar zunächst, indem der rigor den Schwerpunkt des Rechtsactes in dessen äußeres oder formales Element, in das dictum oder scriptum verlegt, so steht nun hiermit in Harmonie jene bereits in § 34 berührte Thatsache, daß für die Rechtsacte dieser Periode als die wesentlichen und constitutiven Merkmale deren verba certa, solennia, directa anerkannt werden, somit aber diese Merkmale aus der Sphäre jenes formalen Elementes entnommen sind und hierauf die juristische Wesenbestimmung des Rechtsactes gestützt ist. Und wenn auch diese letztere Methode nicht mit stricter Folgemäßigkeit durch jenes Princip des rigor bedingt ist, so steht dieselbe mit dem Letzteren doch in dem unmittelbarsten historischen Zusammenhange (§ 43).

Und sodann, indem der rigor das legale nuncupative Wort ebenso als die nothwendige Form der juristischen Willenserklärung, wie als das rechtsverbindliche Element des Rechtsgeschäftes hinstellt, so mußte nun als ein juristisch sehr wichtiger Abschnitt in dem Lebensalter des Menschen der Zeitpunkt sich darstellen, wo Jener die Fertigkeit erlangte, in der gesetzlich erforderten Weise zu sprechen: ebenso laut und vernehmlich, wie fließend und ohne Stocken, als auch sprachlich correct und im Zusammenhang (§ 2). Und indem man das derartige Sprechen alttechnisch als fari bezeichnete, dasselbe einerseits dem fabulari, dem Lallen oder Stammeln, wie kindlichen Sprechen entgegensetzend, und andererseits von dem loqui, als dem Reden mit Einsicht und Verständniß unterscheidend[268]), so erkannte man

---

268) Die älteste römische Nationalanschauung unterscheidet in der Fertigkeit des Sprechens drei Grade: das fabulari d. i. das sprachlich oder lautlich nicht correcte Sprechen, somit das Lallen oder Stammeln, wie auch das Sprechen des Kindes in den frühesten Lebensjahren, gestellt unter die Obhut des Deus Fabulinus: Varr. Catus bei Non. 532: cum primo

um den Erwerb der Fertigkeit des fari als einen wahren Wendepunkt im Leben an, welcher die Menschen in fantes und infantes schied[269]), und von welchem ab die juristische Hand-

fari (im untechnischen Sinne) incipiebant, sacrificabant Divo Fabulino. Sodann das fari, das sprachlich, wie lautlich correcte Sprechen, gestellt unter die Obhut des Deus Farinus; endlich das loqui, das Sprechen mit Einsicht und Verständniß, gestellt unter die Obhut des Deus Locutius: Tertull. adv. Nat. II, 11. Preller, r. Myth. 580. Fabulari und fari sind daher Acte rein physischer Thätigkeit, loqui dagegen ist Act psychisch-physischer Thätigkeit. Daß insbesondere das fari Einsicht in den Redestoff nicht nothwendig voraussetzt, bekunden Gai. III, 109 (s. A. 269), 27 ad Ed. (D. XLVI, 6, 6): pupillus — — si — fari potest, etiamsi eius aetatis erit, ut non intelligat, quid agat; Paul. 2 ad Sab. (D. XXIX, 2, 9): pupillus, si fari possit, licet huius aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intelligat; und (D. L, 17, 5): qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent.

269) Nach den drei Graden der Fertigkeit des Sprechens in A. 268 unterscheiden die Römer vier Altersstufen: 1. die Fertigkeit des fari prädicirt das Individuum als fans, der Mangel dagegen dieser Fertigkeit, so lange also das Sprechen nur ein fabulari ist oder selbst dieses noch nicht erlernt ist, als infans: Varr. LL. VI, 7, 52: fatur is, qui primum homo significabilem (d. i. sprachlich und lautlich correct) ore mittit vocem; ab eo, antequam ita faciant, pueri dicuntur infantes; Non. Marc. 56, 3: infantes usque eo appellandi sunt, donec coeperint fari; Pap. Vocab.: infans homo primae aetatis, dictus, quod adhuc fari nesciat; nondum enim bene ordinatis dentibus non exprimit sermonem; Maec. 5 Fideic. (D. XXXVI, 1, 65. § 3), Gai. 2 de Verb. Obl. (D. XLV, 1, 141. § 2), 27 ad Ed. (D. XLVI, 6, 6), Ulp. 5 Fideic. (D. XL, 5, 30. § 1. 2), 11 ad Ed. (D. XLV, 1, 70), Paul. 2 ad Sab. (s. A. 268), Diocl. et Max. im C. Just. VI, 56, 1. Als feste Gränze für jene Altersstufe ward frühzeitig das 7. Lebensjahr angenommen: Varr. bei Serv. in Aen. V, 295. Plin. H. N. XI, 37, 174: septumo ferme anno sermonem exprimit (sc. lingua); Ulp. 35 ad Ed. (D. XXVI, 7, 1. § 2): qui fari non possunt, — — qui supra septimum annum aetatis sunt; Arc. Hon. et Th. im C. Th. VIII, 18, 8. pr. Th. et Val. im C. Just. VI, 30, 18. pr. § 4. Isid. Orig. XI, 2, 2 und daraus Pap. Vocab., vgl. Quint. J. O. I, 1, 15. Macr. Sat. I, 6, 70. Modest. 4 Diff. (D. XXIII, 1, 14). Jene Definition von infans als is, qui fari non potest ward indeß von den Späteren aufgegeben, weil fari antiquirt war, und statt dieses Wortes nunmehr loqui verwendet, so von Quint. I, 1, 18: ex quo (sc. septimo anno) loqui poterunt; Macr. in Somn. Scip. I, 6, 70: anno — septimo plene absolvitur integritas loquendi; Isid. Orig. XI, 2, 9: dictus — infans, quia adhuc fari id est loqui non potest, vgl. Gai. 2 Aur. (D.

lungsfähigkeit beginnt, die Fähigkeit nämlich, in eigener Person die Rechtsacte vorzunehmen, wogegen die verstandesmäßige Einsicht beim Sprechen, somit die Fertigkeit des loqui hierfür nicht erfordert ward, weil jene etwa mangelnde Einsicht durch die tutoris auctoritas ergänzt wurde [270]).

Endlich ergab jenes Princip des rigor auch die Handlungsunfähigkeit des mutus und surdus in Bezug auf die Rechtsacte, da Jenem die Fähigkeit, Diesem die Fertigkeit des Sprechens, somit also Beiden die Fähigkeit zur Vollziehung der solennen Rechtsacte mangelt. Diese Rechtsordnung aber reflectirt in der That noch in mehrfachen Sätzen des späteren Rechtes, durch welche dem Stummen, wie Tauben die Handlungsfähigkeit nicht bloß bezüglich desjenigen Rechtsgeschäftes abgesprochen wird, welches solenn und nuncupativ geblieben war, wie Stipulation oder manumissio per vindictam [271]), sondern auch bezüglich desjenigen Rechtsgeschäftes, welches entweder neben der nuncupativen auch die literale Form angenommen hatte, wie das testamentum [272]), oder welches alle solenne Form verloren

---

XLIV, 7, 1. § 13); allein in dieser Definition ist der 'alttechnische Begriff von loqui (A. 268) mißachtet und insofern daher die alte Terminologie selbst corrumpirt. — 2. Die Fertigkeit des loqui im alttechnischen Sinne: das Sprechen mit Einsicht und Verständniß begründet eine weitere Entwicklungsstufe, welche denjenigen fans, der solcher Fertigkeit entbehrt, als infantiae proximus, denjenigen impubes dagegen, der dieselbe besitzt, als pubertati proximus oder vicinus qualificirt: Gai. III, 109 (Just. Inst. III,19, 10): infans et qui infanti proximus est — — nullum intellectum habent; denn in dem Mangel an Einsicht steht der infantiae proximus dem infans gleich: Sen. Ep. 121, 14: infans — cum rationalis nondum sit, und ähnlich 124, 8. Vgl. Schrader zu Inst. III, 19, 10 und Savigny Syst. § 107, dessen Bestimmungen der verschiedenen menschlichen Entwicklungsstufen jedoch der römischen Auffassung nicht entsprechen.

270) Gai. 2 de Verb. Obl. (D. XLV, 1, 141. § 2), 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 13), 27 ad Ed. (D. XLVI, 6, 6), Ulp. 11 ad Ed. (D. XLV, 1, 70): stipulari und promittere; vgl. Arc. Hon. et Th. im C. Th. VIII, 18, 8. pr., sowie Paul. 2 ad Sab. (s. A. 268) u. a. m.

271) Gai. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 14. 15), Paul. Sent. rec. IV, 12, 2.

272) Gai. 17 ad Ed. prov. (D. XXVIII, 1, 6. § 1), Pap. 6 Resp. (D. XXXVIII, 8, 9. § 1), Ulp. fr. XX, 13. J. Just. II, 12, 3. Die Willkürlichkeit dieses Rechtssatzes" hebt hervor Justinian. im Cod. VI, 22, 10.

hatte, wie die tutoris auctoritas[273]) und manumissio minus solennis[274]), oder welches die Fähigkeit des Sprechens zu keiner Zeit unmittelbar erfordert hatte, wie die Function des mutus als Solennitätszeuge[275]). Und zwar sind alle diese Rechtssätze um so significanter, als bezüglich der jüngeren, von vornherein unsolennen Rechtsacte die Handlungsfähigkeit des mutus und surdus nicht beschränkt wird[276]).

Weisen daher diese Momente mit Sicherheit darauf hin, daß in dem gegenwärtigen Zeitraume den muti und surdi die Handlungsfähigkeit vollständig abgesprochen wurde, so bedingt dies wiederum in einfacher Consequenz, daß dieselben einer Vormundschaft unterstellt waren. Und dies wiederum kann nur die cura furiosi gewesen sein, da von den vier, den XII Tafeln bekannten Vormundschaften nur diese hierbei anwendbar ist, überdem aber auch die Auffassung des mutus, wie surdus als furiosus einer Zeit nahe liegen mußte, welche weder Verständniß, noch Mittel, noch Methode besaß, den Stummen oder Tauben in Contact mit dem bürgerlichen Leben zu setzen und denselben mit Kenntnissen und Einsicht, ja überhaupt nur mit der bescheidensten geistigen Erudition auszustatten, und welche überhaupt weder medicinische Wissenschaft[277]), noch psychologische Theorie kannte.

---

273) Paul. 38 ad Ed. (D. XXVI, 1, 1. § 2. 3); daher können sie gar nicht tutores sein, was bezüglich der legitimi tutor. noch von Hermog. Jur. Epit. (D. XXVI, 4, 10. § 1) anerkannt ist. Aus Ulp. 1 ad Sab. (XXVI, 8, 1. § 1) entnehme ich, daß die tutoris auctoritas auch stillschweigend interponirt werden konnte, was verneint Keller, Pand. § 432.

274) Cels. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XL, 9, 1) sagt: utilitatis gratia — manumittere posse, was auf eine neuere Entstehung dieses Rechtssatzes hinweist; vgl. Marc. 3 Reg. (D. XL, 2, 10).

275) Ulp. fr. XX, 7.

276) Maec. 5 Fideic. (D. XXXVI, 1, 65. § 3), Ulp. 1 ad Sab. (D. XXIX, 1, 4), Paul. 3. 8 ad Ed. (D. II, 14, 4. § 1. III, 3, 43. pr.), Hermog. 6 Jur. Epit. (D. XXXIX, 5, 33. § 2.), J. Just. II, 11, 2. Ebenso beruht die Unfähigkeit zum Postuliren für Dritte auf besonderer Vorschrift des Edictes: Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 1, 1. § 3).

277) Die älteste Zeit kannte lediglich theils einige priesterliche Heilpraxis in der Stadt Rom, theils Hausmittel und sympathetische Mittel. Der erste und zwar griechische Arzt, ein Chirurg, Namens Achagathus

Und jene Annahme findet in der That auch eine Unterstützung darin, daß das Edict des praetor urb. de postulando unter denjenigen Personen, für welche auch der infamis postuliren konnte, lediglich den furiosus nennt, die spätere Zeit aber hierauf die gleiche Befugniß des curator rücksichtlich des mutus und surdus stützte[278].

Erst nach diesem Edicte substituirte man jener cura furiosi eine cura debilium[279], wofür die cura fatui des edictum provinciale ein Vorbild bot[280].

§ 36.

Das Herrschaftsgebiet der fides (aequitas).

In § 31 sind die Momente dargelegt, auf denen die Stellung der fides, somit der aequitas der späteren Zeit, in dem gegenwärtigen Zeitraume beruht: es treten hervor zwei große, selbstständige Gebiete des geschäftlichen Verkehres, das ius und die mores, in denen je rigor und aequitas, je iustitia und fides gesondert und selbstständig herrschen; demgemäß aber fällt die fides, als das Verhalten, welches dem Principe der voluntas entspricht, durchaus nur in die Sphäre der mores, nicht aber des ius und umfaßt daher, abgesehen von den in § 32 dargelegten Ausnahmen, einzig und allein den rein socialen Lebensverkehr im Gegensatze zu dem rechtsgeschäftlichen. Dabei aber ist es ein sehr großer Theil des gesammten geschäftlichen Verkehrs, der in jener Weise außerhalb des Rechtes und lediglich in der Sphäre der mores sich bewegt und zwar von den Interessenten selbst auf das Fundament der fides gestützt wird. Die Veranlassung hierfür ist aber vornämlich eine dreifache: theils machte der Verkehr von den für ein Geschäft dargebotenen juristischen Formen keinen Gebrauch, und dies namentlich

---

kam 535 nach Rom: Cass. Hemina bei Plin. H. N. XXIX, 1, 6. vgl. § 5—8.

278) Ulp. 6 ad. Ed. (D. III, 1, 1. § 11) und Pomp. das. (D. cit. 3. § 3).

279) Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 1, 3. § 3), 8 de Omn. Trib. (D. XXVI, 3, 8. § 3), Paul. 60 ad Ed. (D. XLII, 5, 20), J. Just. I, 23, 4.

280) Vgl. das edict. prov. de postulando bei Gai. 1 ad Ed. prov. (D. III, 1, 2).

um deßwillen, weil solche juristische Solennität zu beschwerlich und schleppend war, so daß man aus freier Entschließung es vorzog, das Geschäft auf das Fundament der fides anstatt des ius zu stellen (§ 34); theils bot das Recht für die von den Interessenten in einem Geschäfte zur Ausprägung gebrachte Geschäftsproportion überhaupt keine passende und verwendbare Rechtsgeschäfts-Form, so daß somit schlechthin die Möglichkeit einer Ueberleitung des Geschäftes in die Rechtssphäre versagt war (§ 34); theils endlich stand das abgeschlossene Geschäft um deßwillen nicht auf der Basis des Rechtes, weil der eine Paciscent des commercium nicht theilhaft war, so z. B. bei der venditio trans Tiberim der XII Tafeln, wo dem Etrusker das römische commercium fehlte (Thl. II A. 150), wie auch bei dem Selbstfreikaufen des Sclaven (A. 300), ingleichen bis zu den XII Tafeln bezüglich aller geschäftlichen Beziehungen zwischen dem Clienten und Patron (A. 301).

Die Geschäfte selbst aber, welche aus der einen oder anderen Veranlassung auf das Fundament der fides gestellt werden, zerfallen in zwei Gruppen und zwar

A. Geschäfte, bei denen nur in untergeordneter Maaße die fides der Interessenten engagirt ist, und die sonach ohne erheblicheres Risico der Ordnung der mores unterstellt werden konnten. Dies aber sind

1. Erfüllungsgeschäfte im Falle geschehener Veräußerung, insofern deren Vollzug nicht in juristischer Form, sondern nur durch einfache traditio erfolgt, wo nun in thesi die rei vindicatio des tradirten Objectes dem Tradenten gewahrt bleibt[281]. Solche nicht juristische Erfüllung der Veräußerung gelangte aber in Anwendung, ohne daß diese letztere Gefahr von Gewicht war:

a. bei Veräußerung von Consumtibilien, wo durch die Consumtion des Objectes Seitens des Erwerbers die rei vindicatio des Veräußerers erlischt. Diese Praxis aber läßt durchblicken

281) Dieser Rechtssatz galt bis zur Proponirung der exc. rei venditae et traditae im J. 514—518 (Beil. XXI § XI). Das Recht selbst greift im obigen Falle allerdings durch die kurze Verjährung: usucapio und usureceptio unterstützend ein.

Varr. R. R. II, 5, 11: lanii, qui ad cultrum bovem emunt, et qui ad altaria, hostiae sanitatem non solent stipulari; und Gai. IV, 28.: qui hostiam emisset nec pretium redderet, wo sicher an einfache Tradition zu denken ist, da bei Mancipation ein unfundirter Credit ausgeschlossen ist (A. 262);

b. wahrscheinlich bei jeder Veräußerung von geringfügigen Objecten, wo schon die Bedenklichkeit oder Unbequemlichkeit des Processes an sich, wie die Gefahr, den guten Namen zu verlieren, gegenüber der Geringfügigkeit des Gewinnes von der rei vindicatio abschrecken mußten;

c. bei Veräußerungsgeschäften mit einem Peregrinen, mit dessen Volke Rom nicht in dem Verhältnisse von wechselseitigem commercium und recuperatio stand, da in solchem Falle jedem der beiden Interessenten die Proceßfähigkeit mangelte. Und hierauf weist denn hin die venditio des addictus trans Tiberim der XII Taf. (Thl. II. A. 150).

Und alle diese drei Momente wirken bestimmend ein bei dem Geschäftsverkehre, der auf den mittelitalischen Jahrmärkten: beim Tempel der Voltumna im Volsinischen, beim Haine der Feronia im ager Capenas, beim Aphrodisium zwischen Ardea und Antium, zu Fregellae, zu Rom endlich beim Dianentempel auf dem Aventin und während der feriae Latinae auf dem mons Albanus, ingleichen bei Gelegenheit der ludi Apollinares, Romani und Plebeii stattfanden[285]), bei welchen Märkten die benachbarten Völker, Etrusker und Sabiner, Latiner und Herniker, wie Römer zusammentrafen, und bei deren Geschäftsverkehre an einen Geschäftsvollzug in juristisch solenner Form schlechterdings nicht zu denken ist.

2. Gleicher Gruppe gehört an die pignoris datio für eine juristisch begründete Schuldverbindlichkeit; denn wenn auch hier dem pignori dans die rei vindicatio zustand, so setzte doch deren Gebrauch den Schuldner der strengsten Anwendung des Schuldrechtes Seitens seines Creditor aus, und dies verbot ohne Weiteres die Benutzung jener Klage[286]).

---

285) Vgl. Thl. II, 571 und wegen Fregellae noch Str. V, 3, 10. p. 237.

286) Dernburg, Pfandr. I, 45 fg. Ueberdem ist die Veräußerung der

3. Ferner Creditgeschäfte über geringfügige Beträge, wo um dieser Geringfügigkeit willen einerseits die Anwendung juristischer Solennitäten nicht gerechtfertigt, andrerseits die Gefahr eines Verlustes nicht zu befürchten oder nicht beachtlich war.

4. Endlich gehört hierher das Compromiß auf einen Schiedsrichter wegen einer streitigen juristisch begründeten Schuldforderung (s. § 42): denn da jenes Compromiß nicht novatorisch wirkte, so war dem Gläubiger der Weg der Klage oder dem Schuldner sein Einwand gegen die Letztere nicht abgeschnitten, wenn der andere Theil dem Schiedsspruche treulos nicht gehorchte.

B. Dahingegen bei anderen Geschäften ist die fides des Interessenten in ganz hervorragender Weise engagirt, und zwar in der Maaße, daß das Vertrauen in die fides des anderen Theiles die unentbehrliche Vorbedingung dafür bildet, daß das Geschäft ohne Rechtsform abgeschlossen und damit dem reellen Schutze des Rechtes entzogen, vielmehr lediglich unter die moralischen Garantieen der bürgerlichen Sitte gestellt wird.

Jenes Vertrauen aber auf die Gewissenhaftigkeit, somit der Anspruch selbst des einen Theiles auf die fides des Anderen, welche von dem Letzteren bei solchem Geschäfte zu prästiren ist, beruht wiederum auf zwiefältiger Unterlage, und zwar

a. auf rein subjectiver, moralischer Werthschätzung des Anderen: es wird dem Letzteren jenes Maaß von Ehrenhaftigkeit und Gewissenhaftigkeit beigelegt, welches hinreichend ist, um Seitens desselben die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit zu sichern. Und dieses Fundament kann noch eine gesteigerte Sicherung erfahren durch die besondere Art und Weise der Engagirung der fides, wie z. B. durch Eid (§ 38). Allein

b. überdem kann die Verbindlichkeit zur Gewährung der fides auch auf einem ächten officium beruhen: auf einer civil- und sacral-rechtlichen Vorschrift oder doch wenigstens auf einem Postulate der Volksanschauung, welches die fides dem Gebiete

---

res pignori data Seitens ihres dominus unmöglich, so lange das pignus im Besitze des creditor sich befindet, weil mancipatio und in iure cessio von Alters die Anwesenheit des betreffenden Objectes erfordern. Vgl. auch Beil. XXI A. 68. 91.

der rein moralischen Verpflichtungen entzieht, vielmehr es als Rechts- oder prärogative Gewissenspflicht hinstellt, daß jene fides in allen wechselseitigen Beziehungen der Interessenten und so nun auch bei solchen Verhältnissen und Geschäften gewahrt werde, welche Rechtsgeschäfte nicht sind und etwa gar nicht sein können. Und die Theorie von solchen officia haben die Römer sehr sorgsam ausgebildet und namentlich auch deren Rangordnung unter einander festgestellt, um danach den etwaigen Conflict der Treu- und Gewissens-Pflichten zu regeln und zu entscheiden; und hiernach nun rangiren die Subjecte jener officia, abgesehen von der patria, in nachstehender Reihenfolge[287]: 1. parentes; 2. pupilli; 3. hospites[288]; 4. clientes[289]; 5. cognati; 6.

287) Nep. Them. 4: patriae sanctiora iura, quam hospitii; Lucil. sat. bei Lact. div. Inst. VI, 5: virtus est — — commoda — patriai prima putare, deinde parentum, tertia iam postremaque nostra; Cat. in Lentul. bei Gell. V, 13, 4: quod maiores sanctius habuere defendi pupillos, quam clientem non fallere. Adversus cognatos pro cliente testatur, testimonium adversus clientem nemo dicit: patrem primum, postea patronum proximum nomen habuere; Gell. XX, 1, 40: clientem — cariorem haberi quam propinquos tuendumque esse contra cognatos censuit; Sab. 3 Jur. civ. (Gell. V, 13, 5): in officiis apud maiores ita observatum est: primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea adfini; Gell. V, 13, 2: ex moribus pop. Rom. primum iuxta parentes locum tenere pupillos debere, fidei tutelaeque nostrae creditos; secundum eos proximum locum clientes habere, qui sese itidem in fidem patrociniumque nostrum dediderunt; tum in tertio loco esse hospites; postea esse cognatos adfinesque; C. Caes. pr. Bithyn. bei Gell. V, 13, 6: neque clientes sine summa infamia deseri non possunt: quibus etiam a propinquis nostris opem ferre instituimus; Cic. Part. Or. 19, 66: sitne aequum amicos cognatis anteferre? Aesop. bei Gell. II, 29, 7. 11., wonach die cognati et adfines näher stehen als die amici; vgl. Cic. de Off. III, 10, 46: fides anteponetur amicitiae.

288) Das Verhältniß zwischen patronus und hospes ruht auf völkerrechtlicher Sanction: Thl. II, 59.

289) Die Stellung des Patron zum Clienten stützt noch das XII Tafelgesetz mittelbar auf die fides: patronus, si clienti fraudem fecerit, sacer esto. Vgl. Thl. II § 38. 41. In älterer Zeit beruhte alles und jedes Geschäft zwischen Patron und Clienten allein auf der Grundlage der fides, da der Client keine Rechtsfähigkeit besaß: Becker, r. Alt. II, 1, 128; erst durch die XII Taf. erlangte er solche, wie der Proceß über die Verginia beweist.

affines und 7. amici[290]. Und ein gleiches officium haben wir auch anzuerkennen in der Stellung des Herrn gegenüber dem Sclaven, dafern Letzterer mit eigenen Mitteln von dem Ersteren sich frei kaufte (A. 300).

Im Besonderen nun sind es folgende einfache Lebensgeschäfte, welche auf solcher Grundlage der fides sich bewegen:

1. die Erfüllungsgeschäfte im Falle geschehener Veräußerung, insofern dieselben nicht in juristischer Form, sondern als einfache traditio sich vollziehen, ohne daß dabei die Verhältnisse unter A 1 obwalteten. Das Vorkommen solcher Geschäfte wird bekundet sowohl durch die usureceptio fiduciae bei Gai. II, 59. 60, theils dadurch, das es im Anfange des 6. Jahrhunderts die Proponirung der exc. rei venditae et traditae, wie der a. Publiciana in rem veranlaßte (Beil. XXI § II). Und hierher gehört auch, daß die divisio hereditatis zwischen Miterben vielfach ohne juristische Solennität sich vollzogen zu haben scheint.

2. Die pignoris datio für eine nicht juristische, vielmehr rein moralische Verbindlichkeit[291].

3. Die Stellvertretung und zwar

a. das mandatum in dem Verhältnisse des Mandanten zum Mandatar, welches, noch zu Plautus' Zeit auf die fides allein des Mandatar gestellt, in mehrfachen Beispielen bei Jenem sich vorfindet[292] und welches, als reines Freundschaftsgeschäft[293], in dem officium amicitiae eine gesteigerte Garantie fand (A. 287. 366 fg.);

b. insbesondere die Stellung des familiae emtor in seiner

---

290) Wegen der cognati, affines und amici vgl. § 42.

291) Beispiele s. in § 42; vgl. Plin. H. N. XXXIII, 1, 28 (s. Beil. XIX, § VII unter I).

292) Plaut. Curc. II, 3, 67 fg. IV. 2, 8. Merc. II, 3, 90 fg.. Vgl. Demelius in Ztschr. f. R. G. II, 196 fg.

293) Cic. p. Rosc. Am. 39, 112: neque mandat quisquam fere, nisi amico; vgl. 38, 111; Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. § 4): mandatum — originem ex officio atque amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces d. h. der Character des Mandats als Freundschaftsgeschäft ward auch nach dessen Klagbarkeit beibehalten und gewahrt in dessen Unentgeltlichkeit.

ältesten Function bei Gai. II, 102. 103, wo derselbe als Mandatar des Erblassers den Nachlaß zur Vertheilung bringt, dabei aber solche Function nicht auf klagbarer Rechtspflicht, als vielmehr rein auf fides beruht;

c. die Bürgschaft als fidepromissio und fideiussio in dem Verhältnisse des Bürgen zu dem Haupt-Debitor, welche, der a. depensi nicht theilhaft, Klagbarkeit erst nach Constituirung der a. mandati erlangte, ingleichen die adstipulatio in dem Verhältnisse des adstipulator zu dem Hauptgläubiger, die ebenfalls erst in der a. mandati klagbar ward [294].

4. Die Creditgeschäfte, insoweit solche sich nicht in eine juristische Form einkleideten und welche auf zwei Hauptverhältnisse sich zurückführen: Freundschaftsdienst, den man Jemanden erweist, und Creditgewährung an denjenigen, welchem die bereiten Zahlungsmittel fehlen. Und zwar

294) Die Auffassung der ältesten Zeit über das Verhältniß des Bürgen zum Hauptdebitor ging dahin: nicht die Verbürgung an sich, als vielmehr einzig die Zahlung des Ersteren für den Letzteren auf Grund der Verbürgung begründet ein Rechtsverhältniß und zwar die a. depensi, eine Klage, welche durch die lex Publilia nicht neu geschaffen, als vielmehr nur neu geregelt wurde und welche zustand ebenso dem praes, wie dem vas und sponsor, als auch dem vindex, den anderen Bürgen der späteren Zeit aber, wie fidepromissor und dergl. nicht ertheilt ward. Da somit die Verbürgung an sich nicht Rechtsgeschäft war zwischen Bürgen und Hauptdebitor, als vielmehr ein einfaches Lebensverhältniß begründete, so erzeugte sie auch ebenso wenig wie bei jenem älteren, so bei diesen jüngeren Bürgschaftsformen Klage. Nach Ausbildung der Contracte des ius gentium konnte jedoch dieses einfache Lebensverhältniß zu einem Rechtsverhältnisse sich umwandeln, sobald darin ein contractus oder quasi contractus sich ausprägte: ein mandatum, die a. mandati begründend, oder eine negotiorum gestio mit a. negot. gest. oder ein Innominatcontract mit a. praescr. verb.: Voigt, Cond. ob caus. A. 386—388. Allein dafern nicht eine derartige Rechtsfigur in solcher Verbürgung sich ausprägt, ist dieselbe auch in der Kaiserzeit immer noch lediglich ein einfaches Lebensgeschäft: sie begründet keine Klage des Bürgen wider den Hauptdebitor und sonach kein Rechtsverhältniß zwischen Beiden. Dies ist die herrschende Auffassung der Kaiserzeit, so von Pap. 9 Quaest. (D. XVII, 1, 53), Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXIV, 3, 5. pr.), 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 6. § 2), Paul. 9 ad Ed. (D. XVII, 1, 40); eine andere Ansicht allerdings, welche Paul. cit. referirt, erkannte in jener Beziehung der Verbürgung unbedingt ein Rechtsverhältniß an und gab daher subsidiär die utilis negot. gestor. — Durchaus das Gleiche gilt auch von der adstipulatio: Gai. III, 111, 117.

a. jene Freundschaftsdienste beruhen auf der Sitte guter Nachbarschaft und Freundschaft, wie solche ebenso zwischen Familien gleichen Standes, als auch zwischen Gutsnachbarn im alten Rom allgemein gehalten ward, und welche keinen Anstand nehmen ließ, bei eintretendem Bedarfe einerseits die Aushülfe der befreundeten Familien oder des Nachbars in Anspruch zu nehmen, wie andrerseits die erbetene Hülfe zu gewähren, und bereitwillig den Freundschaftsdienst zu leisten, der, allen rechtlichen Schutzes bar, durchaus nur der Sphäre der mores und fides anheimfiel. Und solche freundnachbarliche Aushülfe bewegt sich vornämlich in geschäftlichen Proportionen, welche die spätere Zeit theils zum Contracte der mutui datio, des commodatum und depositum ausbildete [295]), theils aber auch als unentgeltliche persönliche Hülfeleistung nie zur Rechtsfigur construirte:

Plin. H. N. XXXIII, 11, 143. v. J. 411: legatos Carthaginiensium dixisse nullos hominum inter sese benignius vivere, quam Romanos: eodem enim argento apud omnis cenitavisse ipsos [296]);

Plaut. Aul. I, 2, 17 fg.: cultrum, securim, pistillum, mortarium, | quae utenda vasa semper vicini rogant;

Cat. R. R. 4: vicinis bonus esto; — si aedificabis, operis, iumentis, materia adiuvabunt [297]); 5, 4: duas aut tres familias habeat, unde utenda roget et quibus det;

Aesop. bei Gell. II, 29, 7: fac, amicos eas et roges,

---

295) Der Character als Geschäfte zwischen Freunden kommt übrigens der mutui datio, dem depositum und commodatum zu ebenso als reinen Freundschafts-, wie als Rechts-Geschäften; vgl. bezüglich der mutui datio: Plaut. Trin. III, 3, 28 fg. Asin. I, 3, 95. Curc. I, 1, 68. Pers. I, 1, 49. II, 3, 3 fg. Caecil. Stat. bei Non. 474, 1. Non. 439, 20; wegen des depositum: Juv. Sat. XIII, 14 fg. 60 fg.; wegen des commodatum: Plaut. Asin. II, 4, 38 fg.

296) Somit: die römischen Patricier borgten sich (commodatweise) wechselseitig ihr Familien-Silbergeschirr für die Gastmähler, die sie im J. 411 zu Ehren der punischen Gesandten veranstalteten.

297) Alle diese Hülfeleistungen sind unentgeltlich: das adiuvare operis ist zu keiner Zeit zum Rechtsgeschäft erhoben worden; das adiuvare iumentis, wobei der Nachbar die Geschirre zum Gebrauche überläßt, ist Commodat der Kaiserzeit; das adiuvare materia ist mutui datio; das Baumaterial wird als res fungibilis in tantundem restituirt.

veniant operamque mutuam dent et messim hanc nobis adiuvent. § 11: imus et cognatos adfinesque nostros oramus, ut adsint cras tempori admetendum.

Und gleichen Geschäften begegnen wir auch zwischen Mann und Frau bei Ehe ohne manus, so

Cat. suas. leg. Voc. v. 585 bei Gell. XVII, 6, 1: principio vobis mulier magnam dotem adtulit, tum magnam pecuniam recipit, quam in viri potestatem non committat; eam pecuniam viro mutuam dat, postea, ubi irata facta est, servum recepticium sectari atque flagitare virum iubet, wozu vgl. Gell. cit. § 7, sowie Plaut. Curc. V, 2, 3. fg.

oder zwischen Eltern und Kindern, so

Ulp. 46 ad Sab. (fr. Vat. 269): quod utendum mater filiae dedit.

Und ebenso wird es im Officium des Patrons gelegen haben, im Nothfalle dem Clienten in derartiger Weise auszuhelfen [298].

b. Dagegen die Creditgewährung an denjenigen, in dessen Redlichkeit, wie Solvenz man volles Vertrauen setzte und dem selbst wiederum die bereiten Mittel mangeln, trat auf als Creditirung von Kaufpreis [299]) oder von Pachtschilling oder Miethlohn (A. 263) oder auch als Zahlung des Entgeltes im Vertrauen der nachfolgenden Erfüllung Seitens des anderen Theiles, so z. B. dafern der Sclave sich selbst von seinem Herrn freikauft [300]).

298) Dion. II, 10.

299) Von Alters her ist allerdings der Kauf regelmäßig nicht auf Credit gestellt, wie dies das Wort venum dare oder vendere ergiebt. Voigt, Cond. ob caus. A. 367.

300) Die Freikaufssumme ist das aes pro capite, welches entweder ein Dritter zahlt: Plaut. Pers. I, 1, 37 oder der Sclave selbst aus seinem peculium: Plaut. Pseud. I, 2, 88 fg.: tu autem, quae pro capite argentum mihi iam iamque saepe numeras (i. e. te numeraturam esse promittis), | ea pacisci modo scis, sed quae pacta es, non scis solvere, wozu vgl. v. 42. Poen. III, 1, 16 fg.: quum argentum pro capite dedimus, nostrum dedimus, non tuum, | liberos nos esse oportet; prol. 23 fg.: servi ne obsideant, liberis ut sit locus, | vel aes pro capite dent; Cas. II, 5, 8. Rud. IV, 2, 24. V, 3, 32. Trin. II, 4, 163. Aul. V, 3 fg. Diod. Sic. XXXVII, 5, 3. Sen. Ep. 80, 4. Verg. Ecl. I, 33. Tac.

5. Liberalitäten, die, ohne in eine Rechtsform gekleidet zu sein, von dem Bedachten entgegengenommen oder in dessen Interesse an einen Dritten geleistet werden. Und dieser Classe von Geschäften, durchaus der Sphäre der mores und fides anheimfallend, gehören an

a. Alles, was dem Gesichtspunkte einer Gewährung von Geldunterstützung Seitens des Clienten an oder für den Patron unterfällt, so die Beisteuer zur Auslösung des Patrons oder seiner Söhne aus der Kriegsgefangenschaft, die Beisteuer zu dem Aufwande eines öffentlichen Amtes, wie zur Dotirung der Tochter des Patrons, ingleichen zu den Schulden im Allgemeinen des überschuldeten Patrons, wie zu den demselben zuerkannten Polizei- oder Criminal-Strafen [301];

b. die gleichen Geldunterstützungen zwischen cognati und amici, so zur Deckung der dem cognatus oder amicus zuerkannten Geldstrafen oder zur Dotirung seiner Tochter [302];

c. die Liberalitäten Seitens des paterfamilias, so das peculium an den Sohn, wie auch an den Sclaven, die Dotirung der Tochter, das Nadelgeld (menstruum oder annuum), welches der Mann der Frau gewährte [303];

d. die Liebesgaben, welche zwischen amici, cognati und Familiengliedern, wie Seitens der Clienten und Sclaven an den Patron oder Herrn, wie an dessen Familie gespendet werden, so als Geburtstags- und Hochzeitsgeschenke, an den Matronalia, Saturnalia und Strenae, ingleichen die sportulae des Patrons an die Clienten [304];

Ann. XIV, 42. Cels. Sab. und Cass. bei Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2 § 14. XLI, 3, 4. § 16) Pap. 30 Quaest. (D. XL, 1, 19), Ulp. 6 Disp. (D. XL, 1, 4. pr. V, 1, 67), Paul. 26 Quaest. (D. XXVIII, 5, 84. § 2), Marc. 2 Inst. (D. XL, 1, 5. pr.: domino suo, cuius in fidem confugit). Dies ist das pactum libertatis: Brisson. de Form. VI, 157. Lips. zu Tac. Ann. XIV, 42.

301) Dion. II, 10. Plut. Rom. 13. Liv. V, 32, 8. (v. 363), XXXVIII, 60, 9 (v. 567), vgl. Becker. r. Alterth. II, 1, 129.

302) Plut. Cam. 12. Liv. XXXVIII, 60, 9. — Plaut. Trin. II, 4, 107 fg. III, 2, 55. 62 fg. Plin. Ep. II, 4, 2.

303) Ulp. 32. 36 ad Sab. (D. XXIV, 1, 15. pr. fr. 33), Paul. 7 ad Sab. (D. cit. 28. § 6. 7) u. a. m.

304) Marquardt, Alterth. V, 1. A. 1592. S. 257. 216. Preller, r. Myth. 562. 244. 414.

e. endlich überhaupt jede Schenkung, welche nicht in der legalen Modalität vollzogen wird[305]).

6. Das Verlöbniß, welches zu Rom niemals des Schutzes eines Rechtsmittels theilhaft geworden, somit niemals Rechtsgeschäft gewesen ist (Beil. XIX A. 115);

7. der promissorische Eid, worüber s. § 38, sowie

8. das Compromiß auf einen Schiedsrichter wegen einer streitigen, nicht juristischen Verbindlichkeit sammt der hierbei üblichen sponsio oder Wette (s. § 42).

§ 37.

Die Herrschaft des Princips der aequitas innerhalb der Sphäre der fides.

Der in § 36 dargelegte geschäftliche Lebensverkehr ergiebt nach § 31 das ursprüngliche Herrschaftsgebiet des Princips der voluntas und unterliegt somit zunächst dessen erster Position: daß die Willenserklärung zwar eine kundgegebene Willensbestimmung, die Form solcher Kundgebung selbst aber nicht nothwendig eine solenne, als vielmehr lediglich durch das Erforderniß des Gemeinverständlichen bestimmt ist.

Diese Position schließt daher aus, daß einestheils das Wort überhaupt die alleinige Form der Willenserklärung ergebe: vielmehr kann als erklärter Wille auch Etwas gelten, was nicht in Worten ausgedrückt ist; und daß anderntheils das Wort der freien Wahl des Handelnden entzogen sei: vielmehr hat derselbe die freie Bestimmung des zur Willenserklärung etwa zu wählenden Wortes. Demnach erkennt das Princip der voluntas das solenne Wort nicht als die nothwendige Modalität der Willenserklärung an oder, mit anderen Worten, die solenne nuncupative Form ist ihm nicht das wesentliche Merkmal des Geschäftes, vielmehr ist jede beliebige, gemeinverständliche Kundgebung und insbesondere auch die nuncupativ unformale Willensäußerung die zureichende Form der Willenserklärung: es genügt nuda voluntas und nudus consensus (A. 134), und demgemäß beruht das Wesen des Geschäftes nicht in dem dictum, als vielmehr

---

305) Formlose Schenkung von Sclaven z. B. Truc. II, 6, 49. fg. 60. V, 8, 17 fg. 60. Pseud. IV, 6, 12. Mil. IV, 5, 6. 14. vgl. 8, 58 fg..

in dem actum oder conventum (§ 1. 15). Fragen wir nun aber, welche Anschauung mit solchem actum oder conventum sich verbindet, so werden wir hiermit auf den in § 34 berührten Gegensatz zurückgeführt: während der rigor die Wesen-eigenthümlichkeit der ihm angehörigen Acte in die denselben eigenthümliche solenne Formel der Willenserklärung setzte, sei dies ausschließlich, sei es in Verbindung mit anderweiten realen Merkmalen, und so nun nach der Besonderheit der vorgeschriebenen certa et solennia verba jene Acte selbst begrifflich individualisirte (§ 34), so mußte nun die aequitas, indem sie unsolenne Geschäfte aufstellte, mit unabweisbarer Nothwendigkeit anderen Gesichtspunkten und Kategorieen die wesentlichen Merkmale und die Artunterscheidungen ihrer Geschäfte: des actum oder conventum entnehmen und zwar an Stelle jener formalen vielmehr reale Kategorieen als maaßgebend adoptiren. Und dies nun sind theils die personalen Verhältnisse, welche von dem actum betroffen werden, theils und vornämlich aber auch die volkswirthschaftlichen Proportionen der pecuniären Interessen, welche, in dem nationalen Verkehrsleben zu Tage tretend und zugleich Anerkennung Seitens der Nationalanschauung findend, in dem actum zur Ausprägung gelangen, und deren Verschiedenartigkeit, wie verschiedene Constellation nun die Artunterscheidungsmerkmale der einzelnen Geschäfte ergiebt. Und nach solchen socialen oder ökonomischen, wie beziehentlich personalen Kategorieen sind nun in der That die Geschäftsfiguren begrifflich bestimmt und individualisirt, denen wir in § 36 begegneten: die donatio, emtio venditio, locatio conductio, mandatum, mutui datio, depositum, commodatum, pignoris datio, wie Verlöbniß, Wette und Compromiß auf den Schiedsrichter[306]. Eine Ausnahme bildet nur das iusiurandum, dessen wesentliches Merkmal nicht einer ökonomischen Kategorie angehört, als vielmehr in der Zeugen-Anrufung eines Gottes

306) Ein modificirter Gesichtspunkt greift Platz bei gewissen, ebenfalls unsolennen Geschäftsfiguren, wie traditio, datio, solutio, datio in solutum u. dergl., wo nicht auf die rein volkswirthschaftliche Proportion, als vielmehr auf eine juristisch-wirthschaftliche Proportion die Wesenbestimmung des Geschäftes gestützt ist, vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 55.

besteht, ohne jedoch hierbei nothwendig an eine bestimmte solenne Wortformel gebunden zu sein (§ 38).

Dahingegen schließt diese Position keineswegs aus, daß die Handelnden als Ausdrucksform der ihnen frei gegebenen Willenserklärung nicht doch ebensowohl das gesprochene Wort überhaupt, wie auch eine gewisse feierliche und typische, wie traditionelle Wortformulirung wählten und freibeliebt in Anwendung brachten. Vielmehr hat trotz jenes Princips der römische Lebensverkehr in Wirklichkeit und zwar bestimmt durch einen eigenthümlichen Zug des Volkscharacters bei allen Angelegenheiten von Wichtigkeit oder höherem Interesse von Alters her überwiegend in einer typisch concipirten Redeweise sich geäußert und zwar theils in traditionellen Formeln oder Stichworten, wie wir solche z. B. bei Wette, Verlöbniß, Kauf und Eid vorfinden[307], bestimmt hierin durch die Vorliebe der Römer für die solenne Formel an sich (§ 33), theils aber wenigstens in prägnanter und höchst exacter Ausdrucksweise, welche in kurzer und präciser, bestimmter und Mißdeutung ausschließender Weise die Willensbestimmung verlautbarte, bestimmt hierin durch das Streben, Zweifel und Weiterung, wie Mißhelligkeit und Streit fern zu halten; und hierfür wiederum bieten treffliche Beispiele das Vorkommniß in Plaut. Capt. II, 2 (s. § 33), sodann Plaut. Merc. II, 4, 22, wo der Mandatar den Inhalt des Mandats in präcisester Form zusammenfaßt und in Frageform dem Mandanten vorlegt in den Worten: tanti, quanti poscit (sc. venditor), vin' tanti illam emi? und so nun auch, wenn nach Isid. Or. V, 24, 21 die Ratihabition in die Formel sich kleidet: ratum esse profiteor.

Sodann aber die zweite Position der voluntas erklärt für das verbindliche Element des Actes die Willensbestimmung, wohingegen der Willenserklärung lediglich der Werth und die Bedeutung eines einfachen Offenbarungs-, wie Erkenntnißmittels von Jener beigemessen wird (§ 1. 17). Und diese Sätze bekunden bezüglich der der fides unterfallenden Geschäfte im Allgemeinen Cic. ad Att. IV, 17, 1: constantia promissi et

---

307) Beil. XIX § V unter 1; und A. 242. 244. 246. 357.

fides mira, und de Off. I, 7, 23. c. 10, sowie der Glossator in Cic. de Off. I, 13, 40:

Semper in fide quid senseris, non quid dixeris cogitandum (i. e. spectandum);

sowie bezüglich des Eides insbesondere

Cic. p. Rosc. com. 16, 46: non ex pactione verborum, quibus iusiurandum comprehenditur, sed ex perfidia et malitia, per quam insidiae tenduntur alicui, dii immortales hominibus irasci et succensere consuerunt; de Off. III, 29, 104: iusiurandum — — ad fidem pertinet; nam praeclare Ennius: „O Fides alma apta pinnis et iusiurandum Jovis." Qui ius igitur iurandum violat, is Fidem violat (s. § 41), und 107: est — — fides — iuris iurandi saepe cum hoste servanda: quod enim ita iuratum est, ut mens conciperet fieri oportere, id servandum est; quod aliter, si id non feceris, nullum periurium est, ut si praedonibus pactum pro capite pretium non attuleris: nulla fraus est, ne si iuratus quidem id non feceris,

wo somit der leitende Gedanke der ist, daß die Willensbestimmung, welche dem Eide inliegt, ausschließlich, aber auch nothwendig dessen Verbindlichkeit nach Inhalt und Umfang bestimmt.

Und dies Alles wird auch bestätigt durch den in A. 92 erwähnten historischen Vorgang v. J. 528, wo Hannibal kriegsgefangene Römer zur Verhandlung nach Rom sendet, dieselben für den Fall des Scheiterns ihrer Mission eidlich zur Rückkehr in sein Lager verpflichtend, einer derselben aber unterwegs umkehrt unter dem Vorwande, im Lager etwas vergessen zu haben, und später nun in Rom angelangt die Rückkehr in das Lager verweigert unter der Behauptung, durch jenes Umkehren seinen Eid bereits erfüllt zu haben, eine Deduction, die nach dem Principe des rigor wohlbegründet, nach dem Principe der aequitas aber unbegründet war[308]) und die nun als unbe-

---

308) Glossem bei Cic. de Off. I, 13, 40: solutus erat verbis, re non erat.

gründet von dem Senat, wie den Censoren anerkannt wurde (A. 342).

Endlich die dritte Position des Princips der voluntas: daß die Wahrheit oder Freiheit der Willensbestimmung ein wesentliches Erforderniß ihrer verbindlichen Kraft sei (§ 1. 29), findet, was vis und fraus betrifft, auch Seitens der fides Anerkennung und Vertretung und somit Anwendung bezüglich der derselben unterfallenden Geschäfte, wie dies bekundet

Cic. de Off. I, 10, 32: illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? 13, 41: cum duobus modis id est aut vi aut fraude fiat iniuria; III 28, 103: quod per vim esset actum, ratum esse non debuit; 30, 110: non debuit ratum esse, quod erat actum per vim; vgl. 29, 107.

Dahingegen die Benutzung des Irrthums des Mitpaciscenten war durch die Pflichtgebote der fides im Allgemeinen nicht ausgeschlossen, wie aus Cic. de Off. II, 17, 54 fg. III, 23, 91 fg. zu ersehen ist, der die Frage wegen der Statthaftigkeit solcher Benützung als eine unentschiedene und offene behandelt und dabei nicht nach dem Maaßstabe der römischen Volksanschauung, als vielmehr lediglich nach dem Gesetze der philosophischen Pflichtlehre bejaht. Immerhin aber werden wir da insbesondere, wo die Pflicht zur Beobachtung der fides auf einem ächten officium beruht (§ 36 unter B, b), eine Steigerung der bezüglichen Anforderungen anzunehmen haben: wenigstens das XII Tafelgesetz patronus, si clienti fraudem (d. i. damnum) fecerit, sacer esto (A. 289) involvirt für das Verhältniß des Patrons gegenüber dem Clienten unzweideutig ein Verbot der Benutzung vom Irrthume des Clienten zu dessen Nachtheile.

§ 38.

Der Grund der Herrschaft der fides über die betreffenden Verhältnisse.

Die Unterordnung eines Rechtsactes unter die Herrschaft der aequitas beruht da einzig und allein auf der Willensbestimmung des Handelnden, wo der Letztere selbst durch eine besondere Clausel den Act der einen oder anderen Position der

aequitas unterstellt (s. § 5 a. E. 13). Daher ist es hier — und darin liegt das Characteristische solchen Vorkommnisses — theils der Wille allein des Handelnden, seinen Act in einer gewissen Beziehung der aequitas zu unterstellen, welcher die Herrschaft der Letzteren über solchen Act vermittelt, begründet und theoretisch rechtfertigt, theils aber bestimmt auch jener Wille allein die Sphäre, innerhalb deren die aequitas ihre Herrschaft über den betreffenden Act erstreckt, da ja gerade nur auf soweit, als der Handelnde seinen Act der aequitas unterwirft, deren Herrschaft begründet ist. Ein sehr anschauliches, dem nächsten Zeitraume angehöriges Beispiel hierfür bietet die doli clausula (§ 48 und Beil. XIX § IV). Allein, wie dieses Herrschaftsgebiet selbst der aequitas ein anomales ist, so trägt auch diese Modalität der Unterordnung eines Verhältnisses unter dieselbe den Character des Singulären an sich.

Vielmehr beruht die Herrschaft der aequitas innerhalb des mores, als ihres vornämlichen Herrschaftsgebietes, unmittelbar auf der Nationalanschauung: auf der gemeinen Meinung des Volkes, welche in apodiktischer Weise diejenigen Acte und Geschäfte, welche nicht der iustitia unterfallen, der fides überweist. Den bei dieser Anschauung leitenden Grundgedanken haben wir bereits in § 31 hervorgehoben: die Pflicht, die im Verzugsfalle durch das Urtheil des Richters gegen Zweifel festgestellt und durch die legale Execution des Magistrats zur Erfüllung erzwungen wird, solche Pflicht steht nicht auf dem Fundamente der fides, sondern allein der iustitia; da jedoch, wo der schirmende und zwingende Arm der iustitia nicht eingreift, da nun beginnt die Herrschaft der fides, weil hier die obliegende Pflicht durchaus nur auf Treu und Glauben, nur auf der Ehrenhaftigkeit des Verpflichteten beruht. Daher ist diese antike Anschauung ganz parallel der modernen, welche als Ehrenschuld diejenige Verbindlichkeit auffaßt, deren Erfüllung nicht durch Klage erzwungen werden kann, wie z. B. Spiel- und Wettschulden.

Demgemäß ist der fundamentale Grund der Herrschaft der aequitas über die ihr unterfallenden Verhältnisse parallel mit der entsprechenden Ordnung bezüglich des ius: hier ist es der Wille der souveränen Staatsgewalt, welcher gewisse Verhältnisse

der Herrschaft des ius unterwirft, dort ist es der Wille des Volkes oder der bürgerlichen Gesellschaft, welcher andere Verhältnisse dem Gesetze der bürgerlichen Sitte oder mores und der Herrschaft der fides unterstellt.

Die so begründete Herrschaft der fides ist jedoch noch einer Steigerung oder Potenzirung fähig in der Weise, daß der Handelnde selbst noch ganz besonders seine fides engagirt und gleich als Unterpfand oder Garantie für getreue Pflichterfüllung einsetzt, so daß in einem höheren Grade die fides gebunden wird. Und dieses Verfahren heißt firmare fidem (Beil. XVIII § IV) und vollzieht sich in dreifältiger Weise: theils durch ausdrückliche, nuncupative Einsetzung der fides: fidem dare (Beil. XVIII § IV), theils durch symbolische Einsetzung der fides: dextram dare, theils durch die qualificirte Einsetzung der fides mittelst promissorischen Eides iureiurando se adstringere.

Zunächst nun das fidem dare geschieht in der Weise, daß der Handelnde direct und ausdrücklich auf sein Wort oder auf seine Treue die Erfüllung seiner Verbindlichkeit übernimmt und somit seine fides einsetzt. Und zwar waren hierfür gewisse traditionelle und typische Redewendungen geboten, nämlich: fidem do, fidem oder fide mea dico, fide mea spondeo oder promitto, fidei mei erit und per fidem meam (Beil. XVIII § IV)[309].

Sodann das dextram dare ist der Handschlag mit der rechten Hand[310]; und indem die Letztere als Symbol der

---

309) Nicht aber fide mea esse iubeo, worüber s. Beil. XVIII. § VII. a. E. — Der obigen Geschäftsform ist analog unser Contrahiren von Schulden auf Ehrenwort; vgl. auch Schulte, deutsche Reichs- und Rechtsgesch. § 160. A. 2.

310) Vgl. Spanheim, dissert. de praest. et usu numismat. antiqu. Diss. III. p. 163. E. Otto, Jurispr. symbol. C. 10. 11. Lasaulx, Abh. 210. A. 10. Danz, d. sacrale Schutz 133 fg. Das dextram dare ist nicht bloß römische, sondern auch griechische Sitte: Eur. Med. 21 fg.: *βοᾷ μὲν ὅρκους, ἀνακαλεῖ δὲ δεξιᾶς πίστιν μεγίστην·* Sophocl. Philoct. 813: *ἔμβαλλε χειρὸς πίστιν·* Nep. Them. 8. Tac. Ann. XII, 46; persische Sitte: Nep. Dat. 10: fidem — de ea re more Persarum dextra dedisset; Diod. Sic. XVI, 43. Curt. Ruf. VI, 4, 14; parthische Sitte: Jos. Antiq. Jud. XVIII, 9, 3; keltische Sitte: Walter, das alte Wales § 205 A. 7; germanische Sitte: Schulte, deutsche Reichs- und Rechtsgesch. § 156. unter II; somit wohl arische Familiensitte.

fides[311]) galt, so lag nun in dem Handschlage die Einsetzung der Treue und Gewissenhaftigkeit durch das Mittel der dargereichten Rechten, gleich als eines pignus oder Unterpfandes der fides[312]). Und wie die Treue als ethische Anforderung in mannichfachen Verhältnissen auftritt, so erscheint daher die dargereichte Rechte ebenso als Sinnbild der ehelichen Treue[313]), wie sie auch bei der Begrüßung als Zeichen freundschaftlicher Gesinnung[314]) dargereicht, gegenüber dem Flehenden als Zeichen des zu gewährenden Schutzes oder der Gnade geboten[315]) und so nun auch als Unterpfand der vertragsmäßigen Treue gegeben wird theils bei Abschluß von Staatsverträgen[316]), wie von hospitia[317])

---

311) Serv. in Aen. III, 607: physici dicunt esse consecratas numinibus singulas corporis partes ut — dextram Fidei; Donat. in Ter. Andr. I, 5, 54: fidei et foederis membrum (sc. dextra est): ad manum fit conventio; Cic. Phil. XI, 2, 5: dextrae, quae fidei testes esse solebant; Plin. H. N. XI, 45, 250: dextra — in fide, porrigitur; Liv. I, 21, 4 und dazu Marquardt, r. Alterth. IV, A. 1752. Preller, r. Myth. 225 f. Dem entspricht, daß die Apellation an die fides Jemandes in der Form von per fidem tuam (Beil. XVIII § IV a. E.) auch vertreten wird durch die Form per dextram tuam, so Plaut. Amph. III, 2, 42: per dexteram tuam te — oro, obsecro; Capt. II, 3, 82. Ter. Andr. I, 5, 54. Cic. p. reg. Dei. 3, 8. Sall. Jug. 10, 3. Verg. Aen. IV, 314. Hor. Ep. I, 7, 94. vgl. Corte zu Sall. cit.

312) Liv. XXV, 16, 18: dextram, id pignus fidei secum ferre; Verg. Aen. III, 610 fg. Justin. H. Ph. XI, 15, 13. Val. Max. VI, 6. pr. Isid. Or. XI, 1, 67.

313) Roßbach, röm. Ehe 308. 378 fg., der die dextrarum iunctio als Symbol der in manum conventio auffaßt, was jedoch irrig ist, da die dextrarum iunctio auch bei Ehe ohne manus statt hat; richtiger daher Jahn in Gerhard, Denkmäler und Forschungen 1861. XVIII, 155, der die dextrarum iunctio als Sinnbild der ehelichen Treue auffaßt.

314) Plaut. Curc. II, 3, 28: cedo tuam mihi dexteram; 60: praendit dexteram: Enn. trag. bei Non. 85, 1: salvete —! cette manus vestras measque accipite! Cic. p. red. in sen. 9, 24. Verg. Aen. I, 408. III, 610. VIII, 124. Hor. Ep. I, 6, 51. So insbesondere als Zeichen der Danksagung: Ter. Heaut. III, 1, 84.

315) Cic. in Verr. V, 58, 153: supplici — dextera — fidem porrexit; Phil. X, 4, 9.

316) Verg. Aen. XI, 292. VII, 266 und Schol. Ver. in h. l. Liv. III, 1, 2. XXIII, 9, 3. XXV, 16, 13. XXVIII, 35, 1. XXIX, 24, 3. Tac. Ann. II, 58. Donat. in A. 311. Isid. Or. XI, 1, 67.

317) Cic. p. reg. Dei. 3, 8: dexteram, quam — hospes hospiti

und Freundschaftsbündnissen [318]), theils aber auch bei Versprechungen [319]) und bei geschäftlichen Vereinbarungen insbesondere [320]):

Cic. p. reg. Dei. 3, 8: dexteram, — — in promissis et fide firmiorem; ad Att. II, 22, 2: aiebat illum — — manus dedisse et affirmasse nihil se contra eius voluntatem esse facturum;

Donat. in Ter. And. I, 5, 54. (s. A. 311).

Endlich die dritte Form des firmare fidem ist der promissorische Eid, durch welchen in kräftigster und strengst bindender Weise die fides engagirt ward:

Enn. bei Cic. de Off. III, 29, 104: o Fides alma apta pinnis et iusiurandum Jovis; unben. Tragiker das. III, 26, 98: neglexit fidem (sc. iurisiurandi); — — fide sacratae ius;

Ter. Hec. V, 1, 24 f.: si aliud scirem, qui firmare meam aput vos possem fidem, | sanctius quam iusiurandum; Ad. III, 4, 26.

Cic. de Off. III, 26, 99. fg., insbes. 31, 111: nullum — vinculum ad adstringendam fidem iureiurando maiores artius esse voluerunt; vgl. p. Rosc. Com. 15, 44.

Caes. B. G. I, 3, 8: inter se fidem et iusiurandum dant.

Und zwar ist diese Anwendung des promissorischen Eides als Bestärkungsmittel der Verträge uralt im Völkerrechte, wo sie von Alters her beim fetialen foedus sich findet, und auch später für das nicht fetiale foedus beibehalten worden ist [321]). Nicht minder wird aber auch deren hohes Alter im privaten Lebens-

---

porrexisti; Verg. Aen. III, 83. [XI, 165: iungimus hospitio dextras; Liv. XXX, 13, 8.

318) Serv. in Aen. III, 611: manuum coniunctione, qua firmabantur amicitiae; Liv. I, 1, 8. XL, 46, 15.

319) Liv. I, 58, 7. Justin. H. Ph. XI, 15, 13.

320) Eine etymologische Spielerei, nicht eine historische Notiz bietet Isid. Or. V, 24, 20: mandatum dictum, quod olim in commisso negotio alter alteri manum dabat.

321) So beim foedus mit Antiochus v. J. 566: Liv. XXXVIII, 39. Polyb. XXII, 26.

verkehre[322]) bekundet von Dionys, wonach von alter Zeit her Verträge zum Zwecke der Sicherung ihrer Erfüllung durch einen insbesondere an der ara maxima des Hercules geleisteten Eid bekräftigt werden[323]. Im Besonderen aber treten als Beispiele derartiger eidlich bestärkter Pactionen in den Quellen auf ebenso einfache Lebensgeschäfte und zwar das Schenkungsversprechen[324]), das pactum de non alii vendenda re[325]), der Innominatcontract auf do ut manumittas, wie über das indicium oder Anzeigerlohn bei verloren gegangenen oder entwendeten Sachen[326]), wie endlich die Angelobung von dona und munera Seitens des libertus an den Patron in der Zeit vor Regulirung solcher Paction durch das Edict (A. 408); als auch Rechtsgeschäfte und zwar die Errichtung des Corporationsstatutes oder auch der Eintritt in die bereits bestehende Corporation[327]), die emtio venditio zur Zeit des Plautus[328]), sowie die mutui datio[329]).

---

322) Daneben findet sich auch Vereinbarung der Verpflichtung des einen Contrahenten, auf Erfordern des Mitcontrahenten einen assertorischen Eid zu leisten, so bei Cat. RR. 144, 2. 145, 2. 148, 2.

323) Dion. I, 40: ὅρκοι τε γὰρ ἐπ' αὐτῷ (sc. τῷ βωμῷ Ἡρακλῆς) καὶ συνθῆκαι τοῖς βουλομένοις βεβαίως τι διαπράττεσθαι, vgl. Danz, sacraler Schutz 112 fg., sowie unten A. 353 fg.

324) Plaut. Bacch. IV, 9, 105 fg.: ego iusiurandum verbis conceptis dedi | daturum id me hodie mulieri ante vesperum.

325) Plaut. Pseud. I, 3, 117 fg., wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 190.

326) Plaut. Pers. I, 1, 34 fg. III, 2. 3, 11. 26. vgl. III, 3, 8 fg. 17 fg. 32 fg. 34 fg. IV, 3, 17. — Rud. V, 2, 35 fg. 51 fg.

327) A. 249. Beil. XIX bei A. 100; das convovere im S. C. de Bacch. bezeichnet die beim Eide vorkömmliche Selbstverwünschung für den Fall des Eidesbruches: A. 357.

328) Plaut. Curc. III, 3, 88. IV, 4, 10. 25 und dazu Voigt, Cond. ob caus. 249 fg. Rud. prol. 45. 46. II, 6, 70. 71 und dazu Voigt, a. O. 255 fg., wo beidemal die künftige Erfüllung des Kaufes Seitens des Verkäufers auf Eid gestellt ist.

329) Tertull. de Idol. 23.

§ 39.

Die Herrschaftsfähigkeit der fides.
(Der römische Volkscharacter).

Durch § 36 und 38 ist die Thatsache festgestellt, daß in den frühesten Zeiten des römischen Volkslebens ein großer Theil des geschäftlichen Verkehres der Unterordnung unter das ius sich entzog, vielmehr ausschließlich innerhalb der Sphäre der mores sich bewegte und einzig und allein auf die fides der Paciscenten sich stützte: das Gesetz der bürgerlichen Sitte herrschte innerhalb eines weiten Gebietes des Verkehrslebens da, wo später das Gesetz des Rechtes ordnend eingriff, und die fides allein reichte aus, die Erfüllung obliegender Verbindlichkeit zu sichern. Und diese Thatsache im Allgemeinen wird denn auch ausdrücklich bekundet von Dionys, indem derselbe berichtet, wie in ältester Zeit die Grundlage der verbindlichen Kraft bei den Geschäften eine zwiefältige gewesen sei: bei den solennen Geschäften, somit also bei den Rechtsgeschäften, die Rücksicht auf die dabei anwesenden Zeugen, bei den weit zahlreicheren unsolennen Geschäften dagegen, somit bei den einfachen Lebensgeschäften, die Treue und Gewissenhaftigkeit selbst der Paciscenten[330]; und nicht minder auch von

Cic. de Leg. II, 10, 23: in more maiorum, qui tum ut lex valebat;

Sall. Cat. 9: domi militiaeque boni mores colebantur, — ius bonumque apud eos non legibus magis, quam natura valebat: — — in amicos fideles erant, — — aequitate seque remque publicam curabant;

Sext. Caecil. bei Gell. XX, 1, 39. 41: populus Romanus — omnium (sc. virtutum) maxime atque praecipue fidem coluit sanctamque habuit tam privatim, quam publice. — — Hanc autem fidem maiores nostri

---

330) Dion. II, 75: *τῶν συμβολαίων τὰ μὲν ἐν φανερῷ καὶ μετὰ μαρτύρων πραττόμενα ἡ τῶν συνόντων αἰδὼς φυλάττει καὶ σπάνιοί τινές εἰσιν οἱ περὶ τὰ τοιαῦτα ἀδικοῦντες, τὰ δὲ ἀμάρτυρα, πολλῷ πλείω τῶν ἑτέρων ὄντα, μίαν ἔχει φυλακὴν τὴν τῶν συμβαλόντων πίστιν.*

non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniae mutuaticae usu atque commercio.

Solche Herrschaft der fides und des Gesetzes der bürgerlichen Sitte über eine Sphäre des Lebensverkehres, welche ebenso ausgedehnt ist, als auch Geschäftsverhältnisse umspannt, bei denen größere pecuniäre Interessen engagirt sind, bekundet aber unzweideutig, daß in jenen Zeiten die mores eine höchst intensive und selbsteigene Macht besaßen, wodurch allein dieselben befähigt wurden, jene Function eines Regulators des bürgerlichen Verkehres unabhängig und selbstständig neben dem Rechte zu versehen; und dieser Thatbestand leitet denn nun zu der Frage hin, auf welche historischen Voraussetzungen solche Macht der mores sich stützte, auf welchen Momenten jene Herrschaftsfähigkeit der fides beruhte.

Die verbindende Macht aller ethischen Gesetze aber: des Rechtes, der bürgerlichen Sitte, wie der Moral hat im Allgemeinen einen zwiefältigen Stützpunkt und zwar zunächst einen rein subjectiven, gelegen in dem Character des verpflichteten Subjectes: denn theils auf Grund der Erziehung, theils bei der späteren Lebensentwickelung, welche das Individuum bis zum Abschlusse seiner Weseneigenthümlichkeit durchläuft, eignet sich dasselbe eine Summe von Maximen und Principien an, welche, zur bleibenden Eigenschaft des Individuum und gleich als dessen unwandelbares Sondereigen sich ausprägend, für dessen Verhalten in ethischen Dingen einen selbsteigenen und inneren Maaßstab darbieten und somit eine Norm des Handelns ergeben, die für ihren Träger in allen Fragen des Rechten, des Schicklichen, wie des Guten die bezügliche Entscheidung dictirt oder doch beeinflußt und von demselben befolgt wird aus eigenem innerem Antriebe und ganz von freien Stücken und unberücksichtigt von einer Nöthigung, womit etwa das concurrirende ethische Gesetz droht. Und indem nun diese allgemeine ethische Richtung des Willens und deren allgemeine praktische Handhabung zugleich das wichtigste Element des gesammten Characters bilden und insbesondere die Eigenschaft des Individuum als eines rechtlichen Mannes, als einer ehrenhaftigen Persönlichkeit, als eines guten Menschen bestimmen,

so ist nun hiermit in dem Character des Individuum ein selbstständiger und zwar subjectiver Stützpunkt für die Geltung und bindende Macht der ethischen Gesetze gegeben.

Daneben ist aber auch jedes der ethischen Gesetze noch mit einem selbsteigenen Compelle bewehrt: mit einer Androhung, welche, unabhängig von dem guten Willen und dem Character des Gebundenen, auch dem Widerstrebenden die Befolgung des Gesetzes eindringlich macht. Und dieses Compelle, welches bei dem Gesetze des Rechtes einen dynamischen Zwang androht in der Execution des Gerichtes und der Strafe der Staatsgewalt, übt bei den Gesetzen der bürgerlichen Sitte und der Moral lediglich einen sogenannten moralischen Zwang, dort in der Mißachtung der Standesgenossen, welche den Verletzer der bürgerlichen Sitte, hier in dem Mißfallen Gottes, welches den Verletzer der Moralgebote bedroht und trifft. Und dies wiederum sind die objectiven Stützpunkte der verbindenden Macht der ethischen Gesetze.

Fragen wir nun, welche Stellung im ältesten römischen Volksleben jene Stützpuncte für die Herrschaft der fides einnehmen und welche Bedeutung denselben als Garantieen für die praktische Geltung der fides beizumessen ist, so haben wir durchgehends denselben den höchsten Werth und die wirkungsvollste Stellung zuzuerkennen: denn in dem Volkscharacter des alten Römers leuchtet als einer der schönsten und einnehmendsten Züge strahlend hervor jene äußerste Gewissenhaftigkeit und peinliche Genauigkeit in Erfüllung übernommener Verpflichtungen, jene höchste Lauterkeit in allen Dingen der fides insbesondere, sodann das Gesetz der bürgerlichen Sitte erhebt übereinstimmend an den Bürger die Anforderung eines äußeren Verhaltens, welches die Gebote der Gewissenhaftigkeit und Treue rückhaltlos erfüllt, dabei zugleich das Ansehen eines Gesetzes von ebenso unzweifelhafter Geltung, wie allgemein geforderter Befolgung besitzend; und endlich tritt die Anforderung einer treuen und gewissenhaften Gesinnung und Handlungsweise auch als eigenes Postulat des Moralgesetzes auf: die Gottheit der Fides erfordert die fides und bedroht mit Ungnade die perfidia. Ja hinsichtlich des Eides tritt zu dieser dreifältigen Garantie der Heilighaltung noch die Sanction des Rechtsgesetzes, welches den Eidbruch mit

einem strafartigen Nachtheile: mit Improbität und Intestabilität bedroht.

Im Besonderen nun, was zunächst jenen Characterzug des alten Römers betrifft, so bekunden die Quellen durchgehends, daß die treueste Erfüllung der durch die fides gebotenen Pflicht ein hervorragender Zug im Volkscharacter der alten Römer war und in gewissenhaftester Weise geübt wurde, und so zwar

Cat. in Qu. Minuc. bei Gell. X, 3, 17: fides maiorum;

Plaut. Asin. I, 1, 109 fg: moriri sese misere mavolet, quam non perfectum reddat, quod promiserit; Most. IV, 3, 29: fides servanda est: ne ire infitias postules; Capt. II, 3, 79: fac fidelis sis fideli: cave fidem fluxam geras;

Ter. Ad. III, 3, 88: homo antiqua virtute et fide; Hec. III, 3, 42: pollicitus sum et servare in eo certum'st, quod dixi, fidem; Andr. III, 5, 6: negabon' velle me, modo qui sum pollicitus? — qua fiducia id facere audiam?

Dion. II, 75: *οὕτω γοῦν σεβαστόν τι πρᾶγμα καὶ ἀμίαντον ἐνομίσθη τὸ πιστὸν, ὥστε ὅρκον τε μέγιστον γενέσθαι τὴν ἰδίαν ἑκάστῳ πίστιν καὶ μαρτυρίας συμπάσης ἰσχυροτάτην.*

Posidon. bei Athen. Deipn. VI, 107, welcher den alten Römern nachrühmt deren äußerste Sorglichkeit, gegen Niemand eine Pflichtverletzung sich schuldig zu machen: *πολλὴ τοῦ πλημελλεῖν εὐλάβεια πρὸς πάντας ἀνθρώπους.*

Verg. Aen. VI, 879. IX, 79: prisca fides; II, 160: tu modo promissis maneas, — serves — fidem; Georg. II, 467, der dem Bauer noch beimißt: nescia fallere vita;

Val. Max. VI, 6. pr.: quam (sc. fidem) semper in nostra civitate viguisse — omnes gentes senserunt;

Sext. Caecil. bei Gell. XX, 1, 39: populus Romanus — omnium (sc. virtutum) maxime atque praecipue fidem coluit sanctamque habuit tam privatim quam publice;

Pseudo-Quint. Decl. IX, 14: fides antiquissima;

Serv. in Aen. IX, 134: apud maiores — magna erat cura fidei[331]).

Und gleiche Zeugnisse für die Heilighaltung des Eides insbesondere bieten

Plaut. Bacch. IV, 9, 107. 117. 119. 123;

Ter. Hec. V, 1, 23: firmare meam apud vos possem fidem sanctius quam iusiurandum;

Gell. VI, 18, 1: iusiurandum apud Romanos inviolate sancteque habitum servatumque est;

sowie die Vorgänge mit Regulus[332]), den Abgesandten des Hannibal (A. 92), wie mit Pomponius[333]).

Das schönste und ehrenvollste Zeugniß aber bietet der Lobgesang der Chalkidier auf die πίστις τῶν Ῥωμαίων, welcher alljährlich nach dargebrachtem Opfer gesungen ward und dessen Schlußstrophe nach Plut. Flam. 16 lautete:

Πίστιν δὲ Ῥωμαίων σέβομεν, | τὰν μεγαλευκτοτάταν ὅρκοις φυλάσσειν· | μέλπετε, κοῦραι, | Ζῆνα μέγαν, Ῥώμαν τε Τίτον (sc. *Κοΐντιον Φλαμινῖνον*) *ϑ᾽ ἅμα Ῥωμαίων τε πίστιν.*

Und namentlich ist es die vergleichende Gegenüberstellung der Römer zu anderen Völkern, welche jenen Characterzug der Ersteren zu lebhaftestem Bewußtsein vermittelte:

Cic. Tusc. I, 1, 2: quae tanta constantia, magnitudo animi, probitas, fides, quae tam excellens in omni genere virtus in ullis fuit, ut sit cum maioribus nostris comparanda?

Val. Max. II, 9, 8: romano sanguini fidem praestare conveniens est;

---

331) Vgl. Cic. p. Rosc. Am. 38, 111: fides amicorum — —, quam qui laedit, oppugnat omnium commune praesidium et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem; de Off. II, 24, 84: nec enim ulla res vehementius rem publicam continet, quam fides; Liv. VI, 41, 11: fidem abrogari, cum qua omnis humana societas tollitur; Val. Max. VI, 1. pr.: dexteram suam, certissimum salutis humanae pignus, ostentat; Pseudo-Quint. Decl. 343: fides supremum rerum humanarum vinculum est.

332) Cic. de Off. I, 13, 39. III, 26. 27. Hor. Od. III, 5, 13 fg. Val. Max. I, 1, 14. II, 9, 8. Polyaen. VIII, 12. Zonar. VIII, 15.

333) Cic. de Off. III, 31, 112. Liv. VII, 3 fg.

und zu der Erkenntniß führte, wie unendlich höher in jener Beziehung der Römer gegenüber dem Griechen, wie Punier[334]) stand:

Liv. XLII, 47, 6: eadem fide indicatum Pyrrho regi medicum vitae eius insidiantem; eadem Faliscis vinctum traditum proditorem liberorum regis: haec romana esse, non versutiarum punicarum neque calliditatis Graeciae;

und wie unendlich verschieden die romana von der punica[335]) oder graeca fides[336]) war. Und in diesem Sinne spricht sich auch aus als der glaubwürdigste aller Zeugen Polybius, indem er rühmend hervorhebt, daß, während bei den Griechen, wenn man auch nur Ein Talent an den Cassirer einer Behörde zahlt, zehn Controleure und ebenso viel Siegel und an Zeugen mehr als die doppelte Zahl erfordert würden, ohne daß man darum treuer Gewissenhaftigkeit versichert sei, die Römer, welche als Magistrate und Legaten über große Geldmittel geböten, solche Pflicht einzig auf Grund ihrer Heilighaltung des geleisteten Eides erfüllten[337]).

Ein schönes Beispiel aber jener altrömischen Gewissenhaftigkeit bietet noch in verhältnißmäßig später Zeit Plin. Ep. IV, 10:

---

334) Vgl. Vissering, Quaest. Plautinae I, 84 fg., und dann noch Plaut. Cist. II, 1, 11: maritimis moribus cum aliquo experiri, wozu vgl. Gronov. Lection. Plautinae p. 129.

335) Punica fides ist Treulosigkeit: Sall. Jug. 108, 3. Auson. Epist. X, 41. vgl. Plaut. Poen. pr. 112 fg.: is omnis linguas scit, sed dissimilat sciens se scire: Poenus plane est; quid verbis opust? Cic. de leg. agr. II, 35, 95. Liv. XXI, 4, 9. Flor. I, 18, 11. 22, 13. 36. 33, 6. Val. Max. VII, 4, 4. ext. 2. IX, 6, ext. 2.

336) Graeca fides bezeichnet 1. die Versagung des Credits, somit den Mangel an Vertrauen: die Unredlichkeit im Geschäftsverkehre hatte bei den Griechen das Geschäft auf Credit verdrängt und nur das Cassageschäft bestehen lassen; in diesem Sinne lautete der Wahrspruch der Griechen: δὸς καὶ λαβέ und sagt Plaut. Asin. II, 3, 47: graeca mercari fide (si aes habent, dant mercedem), wozu vgl. Gronov. l. c. p. 30. Rost, opusc. Plaut. I, 30. Vissering, l. c. 85; im Uebrigen vgl. Cic. ad Qu. fatr. I, 2, 2, 4. Und davon leitet sich nun ab 2. die prompte, glatte, pünktliche Abwickelung des Geschäftes bei Auson. Epist. X, 40 fg.: uti | non poena, sed graeca fide.

337) Pol. VI, 56.

Scribis mihi Sabinam, quae nos reliquit heredes, Modestum servum suum nusquam liberum esse iussisse, eidem tamen sic adscripsisse legatum: „Modesto, quem liberum esse iussi.“ Quaeris quid sentiam. Contuli cum peritis iuris. Convenit inter omnes nec libertatem deberi, quia non sit data, nec legatum, quia servo suo dederit. Sed mihi manifestus error videtur ideoque puto nobis, quasi scripserit Sabina, faciendum, quod ipsa scripsisse se credidit. Confido accessurum te sententiae meae, cum religiosissime soleas custodire defunctorum voluntatem, quam bonis heredibus (i. e. bonis viris heredibus) intellexisse pro iure est. Neque enim minus apud nos honestas, quam apud alios necessitas valet. Moretur ergo in libertate sinentibus nobis, fruatur legato, quasi omnia diligentissime caverit. Cavit enim, quae heredes bene elegit; vgl. auch § 60 a. E.

§ 40.

Fortsetzung.
(Das Gesetz der bürgerlichen Sitte).

Wie in dem römischen Nationalcharacter die Heilighaltung von Treu und Glauben als ein hervorragender Zug zu Tage tritt, so steht nun in Uebereinstimmung hiermit die Anforderung der bürgerlichen Sitte, welche ehrliche Erfüllung der auf Treu und Glauben ruhenden Verbindlichkeit vom Ehrenmanne erfordert. Und wie daher das facere fidem als ein Requisit der boni mores von Plaut. Trin. I, 1, 5 fg. anerkannt wird, so ist auch Gewissenhaftigkeit in Sachen der fides eine für den probus oder bonus vir schlechthin unentbehrliche Eigenschaft:

Plaut. Trin. II, 1, 35 fg.: boni sibi haec expetunt: rem, fidem et honorem, | gloriam et gratiam; hoc probis pretium'st;

Cic. de Off. II, 8, 33: iustis autem et fidis hominibus id est viris bonis; III, 10, 43: neque contra rempublicam, neque contra iusiurandum ac fidem amici causa vir bonus faciet;

Syri sent. 84. (Wölfl.): boni est viri etiam in morte nullum fallere;

sowie Enn. 7 Ann. bei Gell. XII, 4, 4. hinsichtlich des Servilius Geminus: ingenium, cui nulla malum sententia suadet, | ut faceret facinus, — — fidelis, | suavis homo;

Plaut. Trin. IV, 4, 3 fg.: Ch. qualine amico mea commendavi bona? | Ca. Probo et fideli et fido et cum magna fide;

Ter. Phorm. IV, 1, 15: te mihi fidelem esse aeque atque egomet sum mihi scibam; vgl. Andr. V, 2, 16, Hec. III, 5, 22.

Und so tritt auch die fides unmittelbar als Anforderung der Volksanschauung in den Quellen hervor bei

Cic. de Off. III, 10, 46: religio et fides anteponetur amicitae;

Sen. Ep. 88, 29: fides sanctissimum humani pectoris bonum est, nulla necessitate ad fallendum cogitur, nullo corrumpitur praemio;

Syr. sent. 166 (Wölfl.): fidem, qui perdit, quo se servet relicuo? 197: fidem, qui perdit, nil pote ultra perdere; 181: fides sicut anima, unde abiit, numquam redit; 182: fidem nemo umquam perdit, nisi qui non habet;

sowie bezüglich des iusiurandum insbesondere Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 21): stari religioni debet.

Und wie somit ein guter Ruf die Heilighaltung der fides lohnt, so trifft schlechte Nachrede und Mißachtung, wie Anrüchigkeit, ignominia oder turpitudo den Verletzer der fides:

Attius Atr. bei Cic. de Off. III, 28, 102: neque dedi, neque do (sc. fidem) infideli quoiquam;

Plaut. Pers. III, 1, 54. fg., wo die Tochter zu dem Vater, der sie zu einem betrügerischen Geschäfte verleiten will, sagt: necessitate me, mala ut fiam, facis; | verum videto, ubi me voles nuptum dare, | ne haec fama faciat repudiosas nuptias;

Cic. p. Rosc. Am. 38, III: in privatis rebus si quis rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaes-

tus aut commodi causa, verum etiam negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant;

und so nun insbesondere auch dem Eidbrüchigen:

Cic. de Leg. II, 9, 22: periurii poena — humana dedecus;

Gell. VI, 18, 10: haec eorum (sc. Hannibalis captivorum s. A. 92) fraudulenta calliditas tam esse turpis existimata est, ut contempti vulgo discerptique sint.

Und gleichermaaßen liegt ein schwerer Vorwurf oder Tadel in der Bezüchtigung des Treubruches, so in der typischen Redewendung „Ubi fides?" bei Cat. in Qu. Minuc. (Gell. X, 3, 17.) Ter. Andr. IV, 1, 12. Heaut. II, 3, 15. Ov. Ep. VI, 41 [338]), und so auch bei Plaut. Asin. III, 2, 15: fidentem fraudaveris, 22: sciens fideli infidus fueris; Att. Atr. bei Cic. de Off. III, 28, 102: fidem fregisti; Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 1. pr.): grave est fidem fallere; sowie insbesondere bezüglich des iusiurandum: Plaut. Curc. IV, 2, 10. Pers. IV, 3, 9. Pseud. I, 5, 129. Rud. prol. 14. Cic. p. Rab. Post. 13, 36.

Solche Anforderung der mores aber der Erfüllung der auf fides beruhenden Verbindlichkeit findet ihr Compelle in jenem werthschätzenden Urtheile der Volksstimme, und in dem Respecte, welchen entsprechend der Einzelne der gemeinen Meinung zollte; und indem nun diesem Urtheile des Volkes im ältesten Rom das höchste Gewicht beigemessen wurde, so wohnte in Folge dessen dem Gesetze der bürgerlichen Sitte eine außerordentlich gesteigerte Macht und Herrschaftsfähigkeit inne: denn so berichtet die eine Relation, wie die öffentliche Mißachtung die eidbrüchigen Gefangenen des Hannibal (A. 92) bis zum Selbstmorde trieb [339]).

---

338) Aehnlich Verg. Aen. IV, 373: nusquam tuta fides? XI, 55: haec mea magna fides? Ov. Her. II, 31: iura, fides ubi nunc commissaque dextera dextrae? Suet. Ner. 49: haec est fides?

339) Liv. XXII, 61, 9. Nep. bei Gell. VI, 18, 11. Zon. IX, 2. — Ein anderweites schlagendes Beispiel bietet Liv. XXVII, 34: M. Livius (Salinator) erat multis annis ante ex consulatu populi iudicio damnatus (im J. 537: Liv. XXII, 35, 3), quam ignominiam adeo aegre tulerat, ut rus migraret et per multos annos et urbe et omni coetu careret

Und zwar beruht diese höchst gesteigerte Macht der gemeinen Meinung ebenso wohl auf der politischen Institution des Sittenrichteramtes als des staatlichen Organes der mores, wie auch auf gewissen historischen Voraussetzungen, die im socialen Leben des ältesten Rom gegeben waren und das Gewicht der gemeinen Meinung selbst ganz ungewöhnlich steigerten. Denn, was das Letztere betrifft, so ist von entscheidendem Einflusse der Umstand, daß vor Allem die Verletzung der bürgerlichen Sitte in weitesten Kreisen wahrgenommen wurde, und zwar ebenso wegen der Oeffentlichkeit des Lebens, als auch wegen des räumlich beschränkten Terrains, auf welchem das politische, wie sociale Leben im ältesten Rom sich concentrirte, wodurch beidemal nun die Handlungen des Individuum zur allgemeinen Kenntniß gelangten und somit die gemeine Meinung im weitesten Kreise ein Urtheil über dieselben nach dem Maaßstabe der bürgerlichen Sitte sich bildete; sodann, daß in Folge des in § 39 dargelegten Characterzuges der alten Römer die gemeine Meinung in ihrem Urtheile in Sachen der fides sehr streng und rigorös war; und endlich, daß im ältesten Rom solche Entscheidung der gemeinen Meinung nicht bloß die Bedeutung eines den ethischen Werth des Menschen abschätzenden Urtheiles hatte, als vielmehr auch die realen Lebensinteressen höchst fühlbar berührte, insofern die Achtung und gute Meinung des Volkes eine wesentliche Grundlage der gesammten Lebensstellung und die nothwendige Voraussetzung der Carrière in Staats- wie Kirchendienst bildete.

Dagegen das Sittenrichteramt der Könige und Consuln und später der Censoren ist das staatliche Organ der mores, berufen das Urtheil der Volksstimme officiell zu sanciren. Und

---

hominum. Octavo ferme post damnationem anno (im J. 544) M. Claudius Marcellus et M. Valerius Laevinus consules reduxerant eum in urbem; sed erat veste obsoleta capilloque et barba promissa, prae se ferens in vultu habituque insignem memoriam ignominiae acceptae. L. Veturius et P. Licinius censores eum tonderi et squalorem deponere et in senatum venire fungique aliis publicis muneribus coegerunt. Sed tum quoque aut verbo adsentiebatur aut pedibus in sententiam ibat, donec cognati hominis eum causa Marci Livii Macati, cum fama eius ageretur, stantem cogit in senatu sententiam dicere (im J. 546).

wie dieses Sittenrichteramt alle Richtungen des Volkslebens überwachte, so griff dasselbe auch im Falle von Verletzungen der fides ein mit seinen Ehrenstrafen: dem senatu movere, equum adimere, tribu movere und aerarium facere. Ein Beispiel hierfür bietet die römische Geschichte[340]: M. Livius Salinator und C. Claudius Nero, beiderseitig einander verfeindet, hatten bei Antritt ihres gemeinschaftlichen Consulates im J. 547 mit einander sich ausgesöhnt und Freundschaft geschlossen; als nun im J. 550 Beide auch die Censur gemeinschaftlich bekleideten und beim Census Nero dem Salinator das Ritterpferd entzog, vergalt der Letztere solches dem Ersterem mit Gleichem, diese Maaßregel damit motivirend, quod non sincera fide secum in gratiam redisset. Insbesondere aber ist es der Eidbruch, der der animadversio censoria unterliegt[341]; und so werden denn die eidbrüchigen Gefangenen des Hannibal (A. 92) im J. 540 aus dem Ritterstande, wie aus der Tribus gestoßen und unter die Aerarier versetzt[342], während P. Cornelius Scipio Africanus minor im J. 612 von gleichem Verfahren wider den C. Licinius Sacerdos nur aus Gründen der Unparteilichkeit absieht[343].

§ 41.

Fortsetzung.

(Das Gesetz der Moral und des Rechtes.)

Die Sage läßt von einer Enkelin des Aeneas, Namens Rhoma, bei des Letzteren Ankunft in Italien der Fides auf dem

340) Liv. XXIX, 37, 10 und daraus Val. Max. II, 9, 6, wozu vgl. Liv. XXVII, 35, 9. Val. Max. IV, 2, 2. VII, 2, 6. Sil. Ital. XV, 597. Auct. de vir. ill. 50.

341) Cic. de Off. III, 31, 111: nullum — vinculum ad adstrigendam fidem iureiurando maiores artius esse voluerunt: id indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de iureiurando iudicabant. Vgl. Rovers, de censor. ap. Rom. auctoritate, Tr. ad Rh. 1824. p. 18. Jarcke, Censor. Strafr. d. Römer, Bonn 1824 S. 20. Becker, r. Alterth. II, 2. S. 220.

342) C. Acil. Glabrio bei Cic. de Off. III, 32, 115. Liv. XXII, 61, 9. XXIV, 18, 7. Val. Max. II, 9, 8. Glossem bei Cic. de Off. I, 13, 40. Gell. VI, 18, 10.

343) Cic. p. Cluent. 48, 134. Quint. J. O. V, 11, 13. Plut. apophthegm. reg. et imp. Scip. min. 12. Val. Max. IV, 1, 10.

palatinischen Hügel einen Tempel gründen[344]. Aus dieser Angabe ist zu entnehmen, daß die Fides bereits dem Kreise der altlatinischen Göttergestalten des palatinischen Roms angehörte. Und andererseits fand sich die Fides auch wiederum in dem sabinischen Götterkreise vor, so daß von doppelter Seite her diese Gottheit der ältesten römischen Religion zugeführt worden ist[345]. In den Büchern der Indigitamenta war dieselbe als timara d. h. sancta prädicirt[346] und zweifelsohne als indigitamentum des Juppiter aufgeführt[347]; denn Juppiter, der himmlische Lichtgott, ist zugleich der Schützer wie der Grundstücksgränze und des Rechtes, so auch der Gewissenhaftigkeit und Treue[348]. Der Fides publica insbesondere aber ward vom König Numa ein eigener Tempel und Cultus gegründet, welcher erstere auf dem Capitol in unmittelbarer Nachbarschaft des Juppitertempels stand[349] und später von A. Atilius Calatinus und anderweit von M. Aemilius Scaurus restaurirt ward[350].

---

344) Agathocles bei Fest. v. Romam. p. 269. Vgl. Verg. Aen. I, 292.

345) Varr. LL. V, 10, 74 berichtet im Gegensatze zu den römischen Göttern rein sabinischen Ursprungs: paulo aliter ab eisdem (sc. Sabinis) dicimus Herculem, Vestam, Salutem, Fortunam Fortem, Fidem; ich vermag dieser Stelle nur den Sinn abzugewinnen, daß Varr. die römischen Götter aufzählt, welche zugleich sabinischer, wie latinischer Zubehörigkeit sind. Vgl. Ambrosch, Studien und Andeutungen 141.

346) Serv. Fuld. in Aen. II, 143: intemerata] incorrupta vel integra; alii tamen volunt „intemerata" de libris sacris commutatis literis esse praesumptum: „timaram" enim Fidem i. e. sanctam appellabant.

347) Verwandte indigitamenta des Juppiter sind: Terminus, worüber s. Marquardt, r. Alterth. IV A. 162, sowie Jus und Fas in der precatio bei Liv. VIII, 5, 8: audi Juppiter, — — audite Jus Fasque! und was das Fas betrifft, in der Fetialformel bei Liv. I, 32, 6, sowie in Sen. Herc. fur. 658. Auson. Edyll. 12 de Diis. Mit jenem Juppiter Jus ist identisch die Justitia s. A. 208.

348) Hartung, Rel. d. Römer II, 38. Preller, r. Myth. 218 fg. 224. und dazu Plaut. Rud. prol. 9—11.

349) Dion. II, 75. Liv. I, 21. Plut. Num. 16. Clem. Alex. Strom. V, 1, 8. p. 648, 10. Pott. Cyrillus c. Jul. VI, p. 194 A. Ueber den Tempel der Fides s. Becker, r. Alterth. I, 408; über deren Cultus s. Marquardt, r. Alterth. IV, 278 fg. 457 a. E.

350) Cic. de N. D. II, 23, 61. de Off. III, 29, 104. de Leg. II, 11, 28.

Und gleichwie die fides im Allgemeinen unter der Obhut des Juppiter stand, so war dieser auch der schützende Gott des Eides im Besonderen als Juppiter Jurarius[351]. Unter diesem Juppiter aber haben wir den altlatinischen Schwurgott anzuerkennen, der als solcher auch in dem Fetialrechte hervortritt. Daneben steht als der altsabinische Schwurgott der Semo Sancus, der in der römischen Religion als Dius Fidius Eingang fand[352]. Endlich begegnen wir hierneben noch einem dritten Schwurgotte: dem Hercules, einem altitalischen Gotte, welchen Varro ebenso als altlatinisch, wie als altsabinisch bekundet[353], dessen römischer Cultus jedoch weder den Latinern, noch den Sabinern, als vielmehr den Aboriginern entstammt[354].

Diese Apotheosirung aber der Treue und Gewissenhaftigkeit im Allgemeinen und der durch Eid bestärkten Treue im Besonderen unterbreitete derselben ebenso eine religiöse, wie eine moralische Basis: dort dieselbe erhebend zur Eigenschaft eines Gottes, ja, im Verlaufe der Zeiten, zur selbst personificirten Gottheit, hier aber in Folge dessen dieselbe sammt allen sie be-

351) Preller, r. Myth. 238. in Ber. d. sächs. Ges. d. Wiss. hist. phil. Cl. VII, 212. vgl. Cic. p. Font. 10, 20: Juppiter, cuius nomine maiores nostri vinctam testimoniorum fidem esse voluerunt; Plaut. Rud. prol. 14.

352) Ambrosch, a. O. 169. 170 fg., Lasaulx, Studien 214. A. 33. 34. S. 217. A. 44. Zeyß in Ztschr. f. A. W. 1857. Sp. 222. Hartung a. O. II, 44 fg. Preller, in angez. Ber. d. sächs. Ges. VII, 213 fg. R. Myth. 633 fg. Bachofen, Sage von Tanaquil 102 fg.

353) Vgl. A. 323; altlatinisch: A. 345 und Aug. C. D. IV, 23. zweifelsohne nach Varro, vgl. Ambrosch a. O. 153; altsabinisch: A. 345.

354) Dafür spricht: a. der Altar des Hercules, die ara maxima lag weder auf dem Palatin, noch auf dem Quirinal, somit weder auf altlatinischer, noch auf altsabinischer Cultusstätte, vielmehr in der Niederung des Thales der Murcia auf dem späteren Forum boarium; b. diesem Hercules wurde weder nach latin., noch nach sabin., als vielmehr nach griech. Ritus mit unverhülltem Haupte geopfert: Liv. I, 7, 3. c. der Hercules hatte weder einen Tempel, noch ein eigenes Priesterthum, noch auch wurden seine sacra von Staatspriestern begangen; vielmehr hatte er nur sacra publica gentilicia, welche zwei (wohl selbst aboriginen) gentes: der Pinaria und Potitia anvertraut waren; vgl. Schwegler, r. Gesch. I, 352 fg. Marquardt, r. Alterth. IV, 146.

rührenden Verpflichtungen und Handlungen unter die Aufsicht solcher Gottheit stellend und dadurch nun, daß diese Gottheit ihre eigene Wesenheit als Gesinnung und Handlungsmaxime von ihren Verehrern erforderte, zur Moralpflicht erhebend. Und wie daher der Gott allwissend das Leben des Menschen überwachte, dessen Treu-Verhalten controlirend, so ist es das Wohlgefallen des Gottes, welches die Heilighaltung der fides einschärft, und seine Ungnade, welche von deren Bruch zurückschreckt: denn solcher Bruch der fides begründet eine impietas mit allen hieran sich knüpfenden göttlichen Strafen[355]):

Plaut. Rud. prol. 9 fg., wo Arcturus verkündet: quist imperator divom atque hominum Juppiter, | is nos per gentis [hic] alium alia disparat, | hominum qui facta, mores, pietatem et fidem | noscamus, ut quemque adiuvet opulentia: | qui falsas litis falsis testomoniis | petunt quique in iure abrogant pecuniam, | eorum referimus nomina exscripta ad Jovem; | cotidie ille scit, quis hic quaerat malum; | qui hic litem apisci postulant periurio | mali, res falsas qui impetrant apud iudicem, | iterum ille eam rem indicatam iudicat: | maiore multa multat quam litem auferunt. | Bonos in aliis tabulis exscriptos

355) Danz, sacr. Schutz 63 fg. 82 fg. stellt die Sätze auf: a. der Bruch des Eides macht zum impius; b. die Folge der Impietät ist eine Excommunication; c. diese Excommunication wird verkündet durch sacrorum detestatio. Dem steht entgegen: ad a. nicht bloß der Eidbruch, sondern die Verletzung einer jeden unter den Schutz der Götter gestellten Verpflichtung begründet Impietät; ad b. die Folge der Impietät ist im Besonderen göttliche Strafe mannichfacher Beschaffenheit, im Allgemeinen aber theils die Anforderung, des Gebetes wie Opfers sich zu enthalten; denn castitas, Reinheit an Leib und Seele wird zu Beiden erfordert: Friedländer in Marquardt, r. Alterth. 464. Preller, r. Myth. 116 fg., theils die Wirkungslosigkeit des dennoch dargebrachten Opfers, wie Gebetes: Plaut. cit. 22 fg. Cic. de Leg. II, 9, 22; nicht dagegen hat die Impietät eine formelle Excommunication zur Folge; ad c. diese Auffassung der sacrorum detestatio wird durch die Quellen nicht gerechtfertigt. — Die Impietät wird beseitigt durch expiatio, die bei culposem Eidbruche zulässig ist: Danz, a. O. 97 fg., Marquardt a. O. IV, 249 fg., dagegen bei dolosem Eidbruche ausgeschlossen scheint, so daß hier bleibende Impietät die Folge sein würde.

habet. | Atque hoc scelesti [illi] in animum inducunt suum, | Jovem se placare posse donis, hostiis: | et operam et sumptum perdunt; id eo fit, quia | nihil ei acceptumst a periuris supplici. | Facilius si qui pius est a dis supplicans, | quam qui scelestust, inveniet veniam sibi. | Idcirco moneo vos ego hoc, qui estis boni | quique aetatem agitis cum pietate et cum fide: | retinete porro, post factum ut laetemini;

Cic. de N. D. I, 2, 4: pietate adversus deos sublata fides etiam et societas generis humani et una excellentissima virtus: iustitia tollitur; de Leg. II, 7, 16: quam multa firmentur iureiurando, quantae salutis sint foederum religiones, quam multos divini supplicii metus a scelere revocarit quamque sancta sit societas civium inter ipsos, diis immortalibus interpositis tum iudicibus, tum testibus?

Liv. IX, 9, 4: iuxta divinas religiones fides humana colitur; XXIX, 24, 3: ne — deos, testes atque arbitros conventorum fallat;

Symm. Ep. X, 61: omnia quidem deo plena sunt nec ullus perfidis tutus est locus, sed plurimum valet ad metum delinquendi, etiam praesentia religionis urgeri.

Zu dieser allgemeinen Wirkung des Treubruches und der hierdurch begangenen impietas treten sodann bei dem promissorischen Eide noch besondere Wirkungen: denn der Eid[356] ist die Bekräftigung einer Aussage durch Berufung auf einen Gott als den Ohren- oder Augenzeugen und Schiedsrichter der Wahrheit der assertorischen oder der gewissenhaften Erfüllung der promissorischen Aussage[357]:

---

356) Lasaulx, Studien d. class. Alterthumswiss. 208 fg. Schilling, Inst. § 88. 257. Danz, sacral. Schutz 13 fg.

357) Vgl. Brisson. de Form. IV, 1 fg. VIII, 1—19. Lasaulx a. O. 209. A. 5. 6. Danz, a. O. 33 fg. — Wesentlich ist nur diese directe oder indirecte Zeugenaufrufung einer Gottheit; dagegen sind unwesentlich: a. die exsecratio, die ausdrückliche Verwünschung seiner selbst oder eines Dritten für den Fall des Eidbruches, worüber vgl. A. 327. Rein, Crim.

Cic. de Off. III, 29, 104: est — iusiurandum affirmatio religiosa;

Fetialer Eid beim foedus feriendum in Liv. I, 24, 7: audi Juppiter! — — illis legibus pop. Rom. prior non deficiet;

Plaut. Capt. II, 3, 66. fg.: Jovem supremum testem do Hegio me infidelem non futurum Philocrati; Rud. V, 2, 51: Venus Cyrenensis testem te testor mihi; 56: dico, Venus, ut tu audias; vgl. 45: Venus haec volo adroget te, wozu vgl. Beil. XIX A. 110; Curc. II, 2, 17: — Jovi, auxilium tibi qui in iureiurando tulit;

Dion. XI, 11: θεοὺς ἐγγυητὰς ποιησάμενοι·

Cic. de Off. III, 10, 44: cum iurato sententia dicenda sit, meminerit deum se adhibere testem;

Verg. Aen. XII, 200. fg.: audiat haec Genitor — —, numina testor;

Liv. III, 2, 4: quorum id — periurio fiat, deos nunc testes esse; IX, 1, 7: quid diis, arbitris foederis debeo; XXI, 10, 3: per deos, foederum arbitros ac testes — obtestans;

Rt. 796 A. ** Lasaulx a. O. 209. A. 3. Danz a. O. 20 fg., so z. B. im fetialen Eide beim foedus feriendum nach Liv. I, 24, 8, ingleichen bei Plaut. Rud. V, 2, 58 f. Amph. III, 2, 52 f. b. das aram tangere, so in A. 323. Plaut. Rud. V, 2, 49. Cic. p. Flacc. 36, 90. Verg. Aen. IV, 219. XII, 201. Juv. Sat. XIV, 219. Prop. IV, 20, 15 (III, 20, 25.) vgl. Nep. Hann. 2, 4. Serv. in Aen. IV, 219. Vgl. Brisson. l. c. VIII, 9. c. besondere die Heiligkeit einschärfende Solennitäten, so Schwur auf den Dolch vgl. Lasaulx a. a. O. 213. d. eine besondere cautelare Wortconception (vgl. § 33): conceptis verbis iurare, peierare im eminenten Sinne: Sen. Decr. bei Gell. II, 24, 2. P. Cornel. Scip. Afric. Min. bei Cic. p. Cluent. 48, 134. Quint. J. O. V, 11, 13. Val. Max. IV, 1, 10. Cinc. 5 de re mil. bei Gell. XVI, 4, 4. Plaut. Cist. I, 1, 100. Bacch. IV, 9, 105. Asin. III, 2, 16. Merc. IV, 4, 50. Pseud. I, 3, 119. Truc. IV, 2, 54. Cic. de Off. III, 29, 108. Liv. XLIII, 16, 15. Nep. ep. Cornel. II init. Petron. Sat. 113. 133 u. a. m. vgl. Turneb. Adv. III, 10. Gronov. Lect. Plaut. 121 fg., wo irrig das praeire verbis (s. A. 16) mit hereingemengt wird; Brisson. de Form. VIII, 10. Rein, Crim. Rt. 795. A. **. Danz a. O. 17 fg., der den Begriff des conceptis verbis iurare zu eng begränzt, da vielmehr dadurch entweder eine besondere, cautelare Wortconception, oder aber die Wortfassung überhaupt des Eides bezeichnet wird. Vgl. im Uebrigen bei A. 307.

Schol. in Pers. V, 138: si Jovem testem — periurii tui — putas;

Apul. de deo Socr. 5: quem (sc. deum) — iureiurando arbitrum adhibebo.

Der Bruch des Eides enthält daher einen Frevel gegen den zum Zeugen angerufenen Gott und eine schnöde Verletzung der demselben schuldigen Ehrfurcht[858]), wodurch nun die Vergeltung: die ira und ultio[859]) des betreffenden Gottes auf das Haupt des Eidbrüchigen heraufbeschworen wird:

Cic. p. Rosc. Com. 16, 46: poena ab dis immortalibus periuro — constituta est. — Ex perfidia et malitia, per quam insidiae tenduntur alicui, di immortales hominibus (sc. periuris) irasci et succensere consuerunt[860]);

Liv. III, 2. 4: quorum id perfidia et periurio fiat, deos — fore ultores;

Schol. in Pers. V, 138: si Jovem — periurii tui vindicem putas.

Der verletzte Gott aber nimmt selbst seine Rache in seine Hand und sendet die mannichfachen Strafen auf den Frevler hernieder, der das schnöde Spiel mit ihm, dem Gotte, getrieben[861]):

---

858) Dabei wird jedoch die Verbindlichkeit des promissorischen Eides durchaus nach dem Gesichtspunkte des Vertrages beurtheilt; erließ der Promissar dem Promittenten das eidlich Angelobte, iurisiurandi gratiam facere, so erlosch damit die Verpflichtung zur Erfüllung des eidlich Angelobten: Plaut. Rud. V, 3, 58. Suet. Tib. 35. Papin. Just. 2 de Const. (D. L, 1, 38. pr.) vgl. Taubmann zu Plaut. cit. Danz, a. O. 31. A. 12.

859) Daher iratos invocare Deos bei Liv. II, 45, 14 gleich iurare; ferner Plaut. Amph. III, 2, 52: te, summe Juppiter, quaeso, Amphitruoni ut semper iratus sis. Vgl. Cic. de Off. III, 29, 104: qui ius — iurandum violat, is Fidem violat.

860) Bei Cic. de Off. III, 29, 104: quod — affirmate quasi deo teste promiseris, id tenendum est; iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet, tritt die philosophische Lehrmeinung der Nationalanschauung gegenüber.

861) Vgl den obencitirten Plaut. Rud. prol. 9 fg. — Für unrichtig halte ich den von Danz, a. O. 47 fg. aufgestellten Satz, „die erzürnten Götter rächen nicht durch eigene Hand das impium facinus des periurus, sondern

Cic. de Leg. II, 9, 22: periurii poena divina exitium;

Tib. I, 9, 3: ah miser, etsi quis primo periuria celat, | sera tamen tacitis poena venit pedibus;

Tac. Ann. I, 73: Rabirio crimini dabatur violatum periurio numen Augusti; quae ubi Tiberio innotuere, scripsit consulibus, — — iusiurandum perinde aestimandum quam si Jovem fefellisset: deorum iniurias Diis curae; wozu vgl. Dio Cass. LVII, 8. 9.

Jene unmittelbare Oberaufsicht aber, jenes Richter- und Straf-Amt der Götter, welchem das Moralgesetz hinsichtlich seiner Anforderungen auf Heilighaltung der fides unterstellt war, haben wir als ein höchst wirksames Compelle für die ältesten Perioden des römischen Volkslebens anzuerkennen: denn „kein Volk hat so viel Anlage zu innerlicher Frömmigkeit, als das römische; denn die römische Religion ist vorzugsweise eine Religion der Sühne, und der Anblick der Symbole und die Feier der Ceremonien erfüllen die Gemüther der Menschen mit bangen Schauern von dem Zorne des unsichtbaren Gottes[362].“ So daher mußte die Frömmigkeit des alten Römers und sein Glauben an die Allwissenheit, wie an die Vergeltung der Götter vom Frevel des Treubruches jeden Besonnenen zurückschrecken.

Zu allen den in § 39 fg. dargelegten Garantieen der fides tritt endlich ein weiteres Schutzmittel bezüglich des Eides in dem Rechtsgesetze, welches zwar nicht als Strafe, aber doch mit straf-ähnlicher Wirkung über den Eidbrüchigen die Ehrlosigkeit verhängt: das improbum intestabilemque esse, welches die XII Tafeln aussprachen[363].

---

durch Menschenhand, der sie gestatten, ohne Furcht vor Unrecht und Sünde den Act der Vergeltung zu vollziehen.“ Vielmehr ergeben die Quellen das Entgegengesetzte: nicht den Menschen kommt die Bestrafung des Meineides zu, sondern die Rache ist Gottes selbst und dieser vollzieht sie mit eigner Hand. Die göttlichen Strafen aber sind Zufügung eines Uebels und zwar theils indirect, durch Anreizung zur Missethat, theils direct: ebenso unterirdische Strafen, wie irdische, so Störung der Nachtruhe, leibliche oder geistige Krankheit, Tod, Unseegen des Hauses u. dergl. Alles dies fällt jedoch bereits außerhalb der Sphäre unserer Erörterung.

362) Krahner in Philol. 1868. XXVII, 71. vgl. Dion. II, 18 fg.

363) Nep. 5 Exempl. bei Gell. VI, 18, 11 bezüglich der eidbrüchigen

Die diesfallsige Entscheidung selbst aber der Frage des geschehenen Eidbruches war der Cognition der pontifices unterstellt[364].

§ 42.

Die besonderen Schutzmittel der fides.

Indem die auf die fides gestellten Verbindlichkeiten durch keinen äußeren, organischen Zwang gesichert waren, insofern also an und für sich einzig in der Gewissenhaftigkeit des Verpflichteten eine Garantie ihrer Erfüllung fanden, so war hierin für den Lebensverkehr ein ethisch idealer Standpunkt eingenommen, der jedoch in den meisten Fällen, wo auf jene Grundlage das Geschäft gestützt ward, als zureichend und genügend sich erweisen mochte. In den besonderen Fällen dagegen, wo die geschäftliche Treue des Mitpaciscenten minder sicher erscheinen mochte, dennoch aber das Geschäft auf dessen Treue hin abgeschlossen ward, war ein der Realsicherheit ähnliches, wenn gleich selbst nur auf die fides gestelltes Sicherungsmittel gegeben in der pignoris datio (s. bei A. 291), woneben späterhin auch noch die arrha trat. Beispiele solcher Verwendung bietet zunächst Plaut. Rud. II, 7, wo auf das in v. 16 gestellte Gesuch um Gewährung eines Commobates, somit um Abschluß eines zum Contracte noch nicht umgestalteten einfachen Lebensgeschäftes, der Angesprochene in v. 23 entgegnet: tibi ego numquam

Abgesandten des Hannibal (A. 92): intestabiles — fuisse; Cic. de Off. III, 31, 111: nullum — vinculum ad adstringendam fidem iureiurando maiores artius esse voluerunt; id indicant leges in XII tab., wozu vgl. Gell. VI, 18, 1. Anders Dirksen, XII Taf. Ges. 635 fg. — Danz a. O. 71. 81. nimmt an, daß den periurus ein Zwang zum Exuliren und die aquae et ignis interdictio, somit cap. dem. media getroffen habe, und folgert dies aus der exsecratio (s. A. 357) des das foedus beschwörenden Fetialen, die Götter mögen ihn im Falle des Eidbruches aus dem Vaterlande austreiben. Allein weder darf aus diesem höchst solennen Eide ein allgemeines Gesetz für alle Eide hergenommen werden, noch auch rechtfertigt jener solche Schlußfolgerung: denn die Austreibung ist in die Hand der Götter, nicht der Menschen gelegt. Ueberdem widerspricht auch auf das Entscheidendste die nota censoria in § 40. a. E.

364) Plaut. Rud. V, 3, 21. vgl. Danz, a. O. 79. Anders Rein, Crim. Rt. 796.

credam quicquam nisi si accepto pignore. Ingleichen auch der in § 33 besprochene Fall bei Plaut. Capt., wo der auszuwechselnde kriegsgefangene Philocrates im Gewahrsame des Hegio bleibt, bis der zur Vermittelung der Auswechselung in die Heimath zurückgeschickte Tyndarus zurückkehrt, und wo nun Philocrates mit Bezug hierauf in II, 3, 72 fg. zum Tyndarus sagt: cogitato — — meam esse vitam hic pro te positam (d. h. me per meam vitam pro te positum) pigneri, — — ne tu — pignus deseras, während Hegio bezüglich des Tyndarus in III, 4, 122 äußert: reliquit pigneri putamina, und endlich der zurückgekehrte Tyndarus zum Hegio in V, 1, 18 sagt: reddas servom, quem hic reliqueram pignus pro me. Und endlich gehört hierher auch die Einsetzung des pignus für die nicht klagbare Wette.

Dahingegen bezüglich der arrha bietet ein Beispiel die allerdings erst der Kaiserzeit angehörige arrha sponsalitia[365]).

Eine weit größere Verlegenheit dagegen erwuchs jenem Lebensverkehre daraus, daß, während Zweifelsfragen über Existenz und Inhalt, wie Umfang der auf der fides stehenden Verbindlichkeiten nicht ausbleiben konnten, doch wieder ein Organ für Erledigung solcher Fragen von Staatswegen nicht gegeben war. Und hier nun hatte das Leben zur Beseitigung der so erwachsenden Unsicherheit ein zwiefaches Institut in das Dasein gerufen: den Gewissensrath und das Schiedsgericht.

Wenn immer nämlich über die Frage wegen der Existenz oder wegen Inhalt oder Umfang einer Treupflicht der nächste Richter das Gewissen des Verpflichteten selbst war, so mußte doch gerade die größte Gewissenhaftigkeit zu der Erkenntniß führen, daß vornämlich bei wirklich zweifelhaften Fragen der Verpflichtete um seines dabei betheiligten eigenen Interesses willen nicht ein völlig vorurtheilsfreier und unbefangener Richter war, gerade um deßwillen aber auch wiederum die Volksstimme solche Entscheidung des Verpflichteten selbst mit Mißtrauen zu betrachten geneigt sein mußte. Jene Unparteilichkeit der Entscheidung aber stellte man sicher, sobald man den Zweifelsfall entweder in Uebereinstimmung mit dem Mitinteressenten einem

---

365) Paul. Sent. rec. II, 19, 9a; vgl. Burchardi, Lehrb. § 117. A. 4.

Schiedsrichter, oder einseitig einem Kreise von Freunden, gleich als einem Gewissensrathe unterbreitete.

Zunächst nun dieses consilium cognatorum et amicorum war zu jener Stellung als unparteiischer Gewissensrath bei Zweifelsfragen der fides gewissermassen berufen durch die organische Stellung, die ihm von ältester Zeit her bei dem iudicium domesticum des paterfamilias als dessen Beirath angewiesen war[366]. Und wie von hieraus die Sitte sich entwickelte, bei Zweifelsfragen aller Art, bei denen man der Unbefangenheit oder der Fähigkeit des eigenen Urtheiles mißtraute, solches consilium zu Rathe zu ziehen[367], so nun begegnen wir demselben auch bei Zweifelsfragen der fides:

Cic. de Fin. II, 17, 55: memini me adesse P. Sextilio Rufo, cum is rem ad amicos ita deferret, se esse heredem Q. Fadio Gallo, cuius in testamento scriptum esset se ab eo rogatum, ut omnis hereditas ad filiam perveniret. Jd Sextilius factum negabat. — — Addebat etiam se in legem Voconiam iuratum contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur. Aderamus nos quidem adulescentes, sed multi amplissimi viri, quorum nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire;

und von einem anderem erbrechtlichen Falle, wo Pomponia Galla ihren Sohn Asudius Curianus enterbt und den Plinius zum Erben eingesetzt hatte:

Plin. Ep. V, 1, 5 fg.: adhibui in consilium duos, quos tunc civitas nostra spectatissimos habuit, Corellium et Frontinum. His circumdatus in cubiculo meo sedi. Dixit Curianus, quae pro se putabat. Respondi

---

366) Vgl. Voigt, lex Maenia A. 47.

367) L. Coel. Antipater bei Cic. de Div. I, 26, 55: rem ad amicos detulisse, quorum de sententia etc. Plaut. Stich. IV, 2, 2 fg.: cum amicis deliberavi iam et cum cognatis meis: | ita mi auctores fuere, ut etc. Capt. I, 2, 76 fg.: emptum, nisi qui meliorem adferet, | quae mi atque amicis placeat condicio magis; Cic. in Verr. II, II, 17, 41: Heraclius — — capit consilium de amicorum et propinquorum sententia non adesse ad iudicium.

> paucis ego; neque enim aderat alius, qui defunctae pudorem tueretur. Deinde secessi et ex consilii sententia „videtur“ inquam „Curiane, mater tua iustas habuisse causas irascendi tibi.“

Einen anderen Ausweg aber bot das Verfahren, in Uebereinstimmung mit dem Mitinteressenten bei Zweifelsfrage: sei es bei Ungewißheit über das Gebot an sich der bürgerlichen Sitte, sei es bei Ungewißheit über die thatbeständlichen Voraussetzungen, welche die Treupflicht begründen, einen arbiter zu vereinbaren und solchem den Differenzfall zur Entscheidung vorzulegen[368]), wobei dann mitunter das streitige Object bei dem arbiter gleich als sequester deponirt wird. Und dies Verfahren, welches ebenso bei Differenzen über Rechtspflichten, wie über Treupflichten zulässig ist (§ 36 unter A 4. B 8), heißt technisch litem oder controversiam componere[369]), im Gegensatze zu dem litem contrahere als dem Proceß-Führen[370]).

Bei Zweifeln endlich, welche lediglich thatbeständliche Momente betrafen, half man sich auch damit, daß dem einen Interessenten ohne Weiteres überlassen wurde, durch einen assertorischen Eid die Ungewißheit zu heben[371]).

§ 43.

Die historischen Grundlagen der Stellung von rigor und aequitas gegenüber dem Lebensverkehre.

Ueberblickt man die Stellung, welche nach § 32. 34. 36 einerseits der rigor, andrerseits die aequitas gegenüber dem geschäftlichen Vermögensverkehre einnehmen, so tritt hierin eine Gestaltung des Lebens und ein Gesammtbild hervor, welches

---

368) Vgl. hierüber Hartmann, Ordo Judicior. I, 105 fg.

369) Hartmann, a. O. 111. A. 22 und dazu Sentent. Minuc. in C. J. L. I n. 199. lin. 3: controversias componere.

370) Plaut. Cas. III, 2, 31. Capt. prol. 61. Cic. de Leg. III, 2, 6.

371) Dion. II, 75: *οπότε ὑπὲρ ἀμαρτύρου συναλλάγματος ἀμφίλογόν τι γένοιτο ἑνὶ πρὸς ἕνα, ἡ διαιροῦσα τὸ νεῖκος καὶ προσωτέρω χωρεῖν οὐκ ἐῶσα τὰς φιλονεικίας ἡ θατέρου* [*τῶν διαδικαζομένων αὐτῶν πίστις* (i. e. *ὅρκος*) *ἦν* vgl. Plaut. Most. V, 1, 36 fg.: iusiurandum pollicitust dare se, si vellem, mihi neque se hasce aedis vendidisse, neque sibi argentum datum.

in der schroffsten Weise mit der Ordnung der Lebensverhältnisse ebenso der römischen Kaiserzeit, wie auch unserer eigenen Gegenwart contrastirt: denn während heutigen Tages die allwaltende Fürsorge des Staates alle und jede pecuniär relevante Lebensbeziehung in so umfassender Maaße der Ordnung des Rechtes unterwirft, daß nur selten eine derartige Beziehung sich entdecken läßt, welche nicht zugleich ein Rechtsverhältniß ergiebt[372], so treten im ältesten Rom zwei streng geschiedene Sphären des vermögensgeschäftlichen Verkehres hervor, die beide je in ganz verschiedenen Gesetzen ihren Regulator finden: das Gebiet des ius mit der institia und das Gebiet der mores mit der fides, und von denen das Letztere einen ebenso ausgedehnten, wie regen Geschäftsverkehr umspannt und nach eigenen, nicht juristischen Gesetzen regelt.

Diese Erscheinung findet nun allerdings schon eine allgemein geschichtliche Erklärung: denn indem bei allen Völkern die Abgränzung zwischen Recht und bürgerlicher Sitte eine geschichtlich wechselnde und flüssige ist, so tritt hierin das historische Gesetz zu Tage, daß je weiter rückwärts in dem Lebensalter und der Culturentwickelung eines Volkes, in um so beschränkterer Maaße das Rechtsgesetz in dessen Lebensverkehr ordnend eingreift, in um so ausgedehnterem Kreise vielmehr die bürgerliche Sitte die Lebensbewegungen zu einem friedlichen Gange regelt, und daß es erst im Laufe der fortschreitenden Culturentwickelung geschieht, daß das Recht mehr und mehr auf Unkosten der bürgerlichen Sitte sein Gebiet erweitert, bis es endlich im Höhepunkte der Culturentwickelung in der Maaße nach allen Richtungen den Verkehr und namentlich die Vermögensbeziehungen umspannt, daß nur wenige bezügliche Verhältnisse der Ordnung der bürgerlichen Sitte ausschließlich noch überlassen sind. Und so trat denn z. B. dem Tacitus die große Verschiedenheit lebhaft vor Augen, welche in dieser Beziehung in den Lebensverhältnissen der Germanen im Gegensatze zu den im römischen Reiche ob-

372) So z. B. Verträge über Geldspiele, Vorschuß, den der Ehemann der Frau auf das Wirthschaftsgeld oder der Vater dem Sohne auf das Taschengeld gewährt.

waltenden Ordnungen herrschte [378]. Und zwar beruht solches Verhältniß allenthalben auf der großen Macht und der hochgesteigerten Herrschaftsfähigkeit, welche bei jugendlichen und in der Culturentwicklung zurückstehenden Völkern der bürgerlichen Sitte inwohnt, so daß diese genügt, einen friedlichen und geregelten Gang des Lebensverkehres in den mannichfachsten Beziehungen zu vermitteln, in Folge dessen aber das Bedürfniß nach Rechtsschöpfungen gar nicht wach gerufen und so nun die Bildung der bezüglichen Rechtssätze behindert wird. Vielmehr tritt erst dann dieses Bedürfniß nach Rechtssatzungen zu Tage, wenn die bürgerliche Sitte im Laufe der Culturentwicklung, in Folge der mannichfachen Umwandlungen in der bürgerlichen Gesellschaft, in Folge des gesteigerten Schwergewichtes der pecuniären Interessen, in Folge der Veränderungen von Character und leitenden Grundsätzen der Menschen ihre allgemeine Herrschaft und ihre durchgreifende Macht verliert.

Und gerade dieser allgemein historische Erklärungsgrund greift ja bezüglich Roms in hervorragender Weise Platz, indem gerade hier die Macht und Herrschaftsfähigkeit der bürgerlichen Sitte eine außergewöhnlich hochgesteigerte war (§ 39 fg.).

Allein überdem ist für Rom noch ein weiterer und besonderer historischer Erklärungsgrund für jene Erscheinung gegeben in der eigenthümlichen Auffassung von der Function des Rechtes gegenüber dem Lebensverkehre, von welcher die älteste römische Nationalanschauung ausging und welche wiederum in uralter latinischer Auffassung wurzelt, hier bekundet und zu Tage tretend in der altlatinischen Sage von dem goldenen Zeitalter der Menschheit [379].

---

378) Tac. Germ. 19: plus — ibi boni mores valent, quam alibi bonae leges, wozu vgl. Thl. II, 448 fg.

379) Die Sage von dem goldenen Zeitalter der Menschheit tritt in der römischen Literatur in folgenden Versionen hervor: I. Die griechische Sage: A. von den verschiedenen Geschlechtern, welche namentlich Hesiod. Op. et Dies und mit gewissen Modificationen Arat. Phaen. 105 f. überliefert und worüber vgl. Hermann, ges. Abhandl. 306 fg. Preller, gr. Myth. I, 59 und welche in der römischen Litteratur vertreten wird von den lat. Uebersetzern des Arat: Cic., German. und Fest. Avien., wie auch von Juv. Sat. VI, 1 fg. XIII, 28 fg. und Ov. Met. I, 89. fg., wozu vgl.

Und zwar lautet diese Sage in ihrer altlatinischen und insbesondere laurentinischen[380]) Ueberlieferung[381]), welche an die fünf ersten Sagen-Könige Latiums: an Janus, Saturnus, Picus, Faunus und Latinus[382]) anknüpft, dahin[383]): in den allerältesten Zeiten unter Janus lebten die Menschen im primitivsten Naturzustande: unberührt von aller Cultur führte der Einzelne ein isolirtes, wie unseßhaftes Leben, in den Bergen herumschweifend und in hohlen Bäumen sein Obdach findend, nährte er sich von den Früchten der Bäume, wie von den Erträgnissen der Jagd, und keine Sitte vereinigte die Menschen zu einem gesellschaftlichen Gemeinwesen[384]). Da landete Saturn an Latiums Küste, als Träger und Verbreiter einer höheren Cultur: er vereinigte die zerstreuten Menschen zum gesellschaftlichen Zusammenleben und zum Gemeinwesen, machte sie seßhaft und gab ihnen das Gesetz der bürgerlichen Sitte, welchem der Einzelne freiwillig sich unterordnete. So begründete sich ein

---

Reichart, sittl. Lebensanschauung des Ovid, Potsdam 1867 S. 50 fg. B. von den verschiedenen Zeitaltern der Menschheit, zurückgeführt auf Dicäarch und überliefert von Varr. RR. II, 1, 4. 5. I, 2, 16, wie von Verg. Georg. I, 121 fg. Ov. Am. III, 8, 35 fg. Sen. Ep. 90, 36 fg. Lact. Div. Inst. V, 5, 2 fg. II. Der ächt römische Sagenkreis: s. A. 380 fg. Vgl. im Allgemeinen Preller über die Vorstellungen der Alten, besonders der Griechen von dem Ursprunge und den ältesten Schicksalen des menschlichen Geschlechtes in Philol. 1852. S. 1—60. Klingender, de aureae aetatis fabula. Cassel 1856.

380) Vgl. die Citate bei Schwegler, r. Gesch. I, 214 A. 1.

381) Die spätere synkretische Mythologie knüpfte jene Sage an die drei Götter Janus, Saturnus und Juppiter an und findet sich in dieser Relation bei Tibull. I, 3, 35 fg. Eine andere Version dagegen hielt zwar Königsgestalten fest, setzte aber an Stelle des Picus den Juppiter, so Dion. I, 36. Justin. H. Phil. XLIII, 1, 3—8, vgl. auch wieder Dion. I, 31. 44. Verg. Georg. II, 535 fg. und die Sage vom Evander d. i. Faunus, worüber s. Schwegler a. O. 351 fg. 357 fg. — Dichterisch frei ist Ov. Fast. I, 283 fg.

382) Vgl. Schwegler a. O. 212 fg.

383) Diese Relation bieten Verg. Aen. VIII, 314, ferner Cassius (Hemina) hist., Corn. Nep. (Chronol.), Thallus und Diod. Sic. nach Minuc. Felix Octav. 21, 4 fg., ingleichen bei August. C. D. XVIII, 15. Lact. Div. Inst. I, 13, 8. Eutrop. hist. I. init. in der Hist. Misc.; vgl. Macr. Sat. I, 7, 19 fg. 8, 3. 9, 1 fg. Arnob. adv. Gent. III, 29. 30.

384) Verg. Aen. III, 315—318, wozu vgl. Serv. in h. l.

Zustand ewigen Friedens, in welchem es weder Krieg, noch Diebstahl und weder Sclaverei, noch Sondereigen gab, vielmehr in ungetheilter Gemeinschaft gleichmäßig von Allen die Güter benutzt wurden. Sodann lehrte er den Menschen den Ackerbau und die Düngung, die Baumcultur, wie Kunstfertigkeiten aller Art, so die Anfertigung von Geräthen, das Prägen des Erzes und die Schrift. Und so nun verband sich mit dem bisherigen Zustande des Glückes und Friedens der Reiz der Geselligkeit und höheren Cultur, wie der Ueberfluß an irdischen Gütern. Und dies nun war die goldene Zeit [385]. Unter Saturns Nachfolger endlich begann dann der allmählige Verfall der Zeiten: mit Schifffahrt und Seehandel erwachte die Habgier und die bisherige Gütergemeinschaft erreichte damit ihr Ende; auch begann das Schlachten der Thiere, wie der Krieg [386]; und nunmehr trat auch das Rechtsgesetz an die Stelle der freiwillig beobachteten Sitte [387].

Diese Sage aber ist zwar, wie bemerkt, altlatinisch und vorrömisch, worauf insbesondere auch die Einflechtung von Schifffahrt und Seehandel hinweist; allein, gleich dem Kindermärchen der Mutter, ist sie übergangen auf Latiums größte Tochter und hat hier in dem Munde des Landvolks, wie in den Sitten und Gebräuchen bei den Saturnalien Jahrhunderte hindurch in treuer Erinnerung sich bewahrt [388]. Und in dieser Sage ist nun der Gedanke ausgesprochen, daß bei einem Volke, welches noch unverdorben ist durch Verfeinerung des Lebens und welches unbekannt ist mit Ueberfluß und gesteigerten Lebensgenüssen, das gegebene Wort und die Sitte der Väter gelten

---

385) Verg. Aen. VIII, 321—325. vgl. VI, 793 fg. VII, 203 fg. Serv. in Aen. VIII, 322. Minuc. Fel. Oct. 21, 5. Macr. Sat. I, 7, 19—26. 8, 3. 9, 1—3. Varr. RR. III, 1, 5. Col. RR. I. praef. 20. Plut. Lyc. et Num. comp. 1, 8. 9, Quaest. Rom. 12. 42. Schol. Ver. in Aen. VII, 366 p. 96 K., sowie aus der Gruppe der Schriftsteller in A. 381: Tib. I, 3, 33—44. Justin. H. Phil. XLIII, 1, 3. 4. Verg. Georg. II, 536—540 und dazu Schol. Ver. in h. l. p. 78 K.

386) Verg. Aen. VIII, 326 fg. Tib. I, 3, 49 fg. vgl. Verg. Georg. und Tib. in A. 385.

387) Verg. Aen. VIII, 203 fg. vgl. auch Lact. Div. Inst. V, 5, 2 fg.

388) Lucr. I, 1166 fg. Wegen der Saturnalien vgl. namentlich Justin. Macr. und Plut. in A. 385. Serv. in Aen. VIII, 319.

und genügen, den Lebensverkehr zu schirmen und friedlich zu regeln, und daß erst mit der gesteigerten Culturentwicklung und dem damit Hand in Hand gehenden Sittenverfalle eine Bedrohung jenes Verkehres und damit das Bedürfniß nach Recht überhaupt, wie auch die Schaffung von Rechtssätzen eintritt. Hierin aber offenbart sich die leitende Grundanschauung, daß das Recht rein subsidiär der bürgerlichen Sitte gegenübersteht und ein bloßer Nothbehelf ist, bedingt und erfordert durch die sittliche Schwäche des Menschen. Und wie nun im Lichte dieser Auffassung die Vergangenheit der Menschen gedacht wird, so ergiebt dieselbe auch für die altrömische Gegenwart die Consequenz, daß auch jetzt noch fides und mores in erster Linie den Lebensverkehr zu regeln haben, das Recht aber in solche Ordnung nur dann und insoweit einzugreifen berufen ist, als der Gläubiger in der fides des Schuldners und in den mores den genügenden Schutz für seine Interessen nicht finden würde, demnach aber das Recht nur die Aufgabe hat, da einzugreifen, wo die Unzuverlässigkeit des Verpflichteten ein Gegenmittel und einen Ersatz für die hier machtlose bürgerliche Sitte erfordert. Hiermit aber ist dem Rechte die Stellung überwiesen, nicht gleich als eine nothwendige und aufgenöthigte Wohlthat, sondern als ein freigewählter Nothbehelf über den Geschäftsverkehr zu herrschen.

Mit dieser Auffassung aber von der Function des Rechtes harmonirt nun auf das Vollkommenste die praktische Stellung, welche das älteste römische Recht dem Geschäftsverkehre gegenüber einnimmt: es beherrscht denselben nicht, wie bei uns, in apodiktischer Weise, mit unbedingter, wahlloser Nothwendigkeit, sondern einzig und allein in soweit, als es freiwillig zur Anwendung herbeigezogen und als Mittel gewählt wird, das Geschäftsverhältniß eines wirksameren Schutzes theilhaft zu machen. Und zwar beruht diese historische Stellung des ältesten römischen Rechtes auf jener in § 1. 34. 35 dargelegten eigenthümlichen Methode der Individualisirung des Rechtsgeschäftes, auf jenem Verfahren nämlich, die Rechtsgeschäfts-Figuren nach der dafür gegebenen solennen Formel, nicht aber nach den darin verwirklichten wirthschaftlichen Proportionen der pecuniären Interessen zu individualisiren. Denn jene Methode des ältesten

Rechtes gab den Paciscenten die Wahl frei, das einzugehende Geschäft durch Einkleidung in solche solenne Form zum Rechtsgeschäfte umzugestalten, so das Darlehn zum Nexum, das Depositum zur fiducia, oder aber durch Absehen von solcher Form dasselbe lediglich der Sphäre der mores zu überlassen und allein auf die Basis der fides zu stellen (§ 34). Daher bietet das Recht in solcher Form lediglich ein in die freie Wahl gestelltes, nicht aber ein aufgenöthigtes Mittel dar, das Geschäftsverhältniß auf das Rechtsgebiet überzuleiten: es zwingt nicht, wie heutigen Tages, mit Nothwendigkeit und unabhängig von dem Willen der Interessenten den Geschäftsverkehr unter seine Satzungen, die zugleich alle im Volksleben zu Tage tretenden wirthschaftlichen Verkehrs-Proportionen reguliren, vielmehr überläßt es dem freien Ermessen der Interessenten, die gleichen Verkehrs-Proportionen der Herrschaft des ius oder aber den mores allein zu unterstellen; und es übt somit, wie bemerkt, lediglich eine problematische Herrschaft über den Verkehr, demselben eine nur facultative und subsidiäre Norm bietend, nicht aber jene apodiktische Herrschaft, die als obligatorische und principale Ordnung auftritt.

Und hiermit endlich stehen wiederum in einem inneren Zusammenhange die hier betrachteten Principien selbst des ältesten römischen Rechtes: innerhalb des ius steht dem Gläubiger einerseits eine rasche Hülfe und eine unbarmherzig strenge Execution wider den säumigen Schuldner zu Gebote, allein andererseits unterliegt sein Rechtsanspruch selbst in Existenz, wie Inhalt und Umfang auf Grund des rigor einer chicanös strengen Beurtheilung und jedwede captio ist dem Schuldner frei gegeben, als dolus bonus geltend (§ 44); dahingegen innerhalb des aequum et bonum d. h. der fides steht dem Gläubiger zwar nur das Compelle zur Seite, womit in Rom die bürgerliche Sitte und Moral bewehrt ist (§ 40. 41), allein zu Gunsten seines Anspruches traten in allseitigster Weise die Pflichtgebote der fides als Regulatoren ein, jede Ausflucht zurückweisend, die mit aufrichtiger Treue und Redlichkeit unvereinbar war und die etwa formale Momente gleich als etwas Wesentliches zur Geltung zu bringen suchte, da in dieser Sphäre die captio zum dolus malus sich qualificirte (s. bei A. 308).

§ 44.

Der praktische Werth je der Principien von rigor und aequitas.

Gegenüber unserem eigenen Rechte, wie Rechtsbewußtsein stehen die Positionen der römischen aequitas allein in dem Verhältnisse des Uebereinstimmenden, während der rigor mit seinen Positionen in dem schroffsten Contraste und Widerspruche steht, ja geradezu als etwas höchst Fremdartiges, wie schwer Faßbares uns entgegentritt (s. A. 266). Eine objective Betrachtung der Geschichte belehrt nun zwar, wie in wesentlich verschiedenen Culturperioden so oft das schwer Begreifliche weit besser, als das uns Naheliegende dem Bedürfnisse der Völker zusagte; allein immerhin müssen wir in jenem Auftreten und allumfassenden Wirken des rigor im römischen Rechte doch insofern etwas beim ersten Anblicke Befremdliches anerkennen, als ja die römische Volksanschauung selbst in der That nach ökonomischen, nicht aber nach formalen Kategorieen die in seinem Verkehrsleben erkannten und unterschiedenen Geschäftsfiguren bestimmte und individualisirte und so z. B. eine emtio venditio, lo catio conductio, depositum, mutui datio begrifflich setzte, während das Recht dagegen mit ganz anderen Begriffsgrößen hervortritt. Dennoch aber vermögen wir die Herrschaft des rigor uns vollkommen begreiflich zu machen auf doppeltem Wege: theils durch Feststellung des praktischen Werthes je des rigor und der aequitas, theils durch die historische Parallele.

Vor Allem den ersteren Punkt betreffend, so bietet zunächst der rigor den nicht zu unterschätzenden Vorzug[389]), daß unter seinem Einflusse die Rechtsacte in abstracto den höchsten Grad juristischer Gewißheit und Zweifellosigkeit in Bezug auf Existenz, wie Inhalt gewinnen. Und dies zwar vor Allem insofern, als durch die solenne Form des Rechtsgeschäftes eine scharf markirte und unverrückbare Gränzmarke gegeben war, welche die rein conventionelle und aus Höflichkeit gegebene Zusicherung oder die vage und allgemeine Zusage oder die geschäftliche Vor-

389) Vgl. hierüber Savigny, System § 130. Keller, Pand. § 57. Bölderndorff, Form der Rechtsgesch. Nördlingen 1857. Ihering, Geist des r. R. II, 504 fg.

verhandlung einerseits von der ernst und bindend gemeinten Willenserklärung andrerseits schied. Und wie der moderne Richter gerade diesen Gewinn sehr hoch veranschlagen wird, so haben auch die alten Römer gerade auf diesen Punkt den größten Werth gelegt, wie wir daraus entnehmen können, daß auch ebenso in dem rein socialen, wie in dem ausnahmsweise unsolennen, juristischen Geschäftsverkehre, somit ganz aus freien Stücken und ohne irgend welche Nöthigung die alten Römer theils solenne Formeln oder traditionelle Redewendungen oder wenigstens eine scharf pointirte und markirte Wechselrede in Anwendung brachten (§ 33. 37). Und von hier aus dürfen wir daher den ersten historischen Ausgang der solennen Form überhaupt erklären: in uralter Zeit (s. A. 240) machte das Streben sich geltend, durch die Form der Rede besonders zu bekunden, daß eine abgegebene Willenserklärung der Ausdruck einer ernstlich gemeinten Willensbestimmung und somit von höherer Bedeutung und Kraft sei, als eine conventionelle Zusage oder vorberedende Erklärung; und aus dieser Tendenz entwickelte sich so zunächst eine geschäftliche Redeform, wie solche z. B. bei Plaut. Capt. II, 2, 101 fg. (s. § 33), Merc. II, 4, 22 (s. § 37) sich findet, sodann eine geschäftliche Kunstsprache, welche traditioneller Stichworte sich bediente, wie spondeo, aio (meum esse), dico (dotem) und dergl., und endlich sodann die solenne Form des Rechtsactes [390].

Nicht minder vermittelt aber auch die solenne Form jene Gewißheit dadurch, daß sie nöthigt, die Willenserklärung in eine höchst präcise und exacte, bestimmte und unzweideutige, sonach Mißverständnisse ausschließende Ausdrucksweise zu kleiden, indem der Handelnde genöthigt war, ebenso des Wortes überhaupt als Kundgebung seiner Willensbestimmung sich zu bedienen, als auch in dem dispositiven Theile seiner Rede sich kurz und exact zu fassen, um so dem absolut gegebenen Theile der Rede syntaktisch sich zu accommodiren (§ 2), überdem aber auch bei zweiseitigen Rechtsgeschäften correspondirender Worte sich zu bedienen (§ 3). Dieser Schutz gegen Zweideutigkeit und

390) Vgl. Beil. XIX § VII unter I. Vgl. auch Savigny, Obl. Rt. II, 218.

Unklarheit der Willensbestimmung, der sonach in der solennen Form für den Contrahenten gegeben war, mußte aber einen um so höheren Werth haben, je größer die Gefahr war, die mit dem Processe für den Streitenden sich verband.

Sodann bei der Unbekanntschaft der großen Menge mit der Schreibkunst in ältester Zeit (Thl. II A. 256) wurde die dauernde Bekundung der Rechtsacte für den Todes- oder Streit-Fall bei mannichfachen Rechtsacten durch Solennitätszeugen gewonnen, auf deren Gedächtniß somit die Beglaubigung des Actes gestellt war. Hier aber mußte dem Gedächtnisse des Zeugen in irgend welcher Weise unterstützend zu Hülfe gekommen werden, und dafür nun diente auf das Trefflichste jenes Mittel, den Act in typische und zugleich kurze und bündige, wie prägnante Worte zu kleiden, ja selbst in seinem dispositiven Theile zu einem exacten Ausdrucke zu nöthigen, überdem aber auch das liberatorische, accessorische und cumulative Rechtsgeschäft in correspondirende Worte zu kleiden (§ 4).

Endlich ward durch den rigor jene Zweifellosigkeit des Rechtsactes auch für die richterliche Cognition gewonnen, einestheils ist die Aeußerungsweise der Willensbestimmung, mit welcher der Richter es zu thun hat, eine einzige: das Wort, in welchem die Willensbestimmung in erschöpfender Vollständigkeit juristisch ausgeprägt ist, während Alles, was daneben steht oder darüber hinaus liegt, juristisch ohne Werth und Relevanz ist; und sodann verkörpert dieses Wort die Willensbestimmung ebenso zur klarsten und deutlichsten Sinnenwahrnehmung: durch das Ohr, wie zur sichersten und unzweideutigsten Wahrnehmung: indem das Wort der unmittelbarste Träger und Repräsentant des Gedankens ist, zugleich aber auch lediglich nach seinem allgemein sprachlichen Denkwerthe in Betracht kommt. Denn so nun wird von Vorn herein jene Parteidiscussion abgeschnitten, deren Entscheidung für jeden Richter mit so großen Schwierigkeiten verbunden ist, dem ungelehrten Richter aber des römischen Civilprocesses gar nicht zuzumuthen war, die Erörterung der Frage nämlich nach der nicht in directen Worten verlautbarten, aber maaßgebenden concreten Willensbestimmung der Contrahenten, eine Frage, die den Beurtheilenden in das Innenleben des Dritten und in das Gebiet des Psychologischen

hinüberleitet (§ 27). Vielmehr wurden alle derartige Fragen durch das Princip des rigor abgeschnitten, der ein deutlich Erkennbares und sinnlich Wahrnehmbares als dasjenige hinstellte, wonach der Richter so Befugniß, wie Verbindlichkeit in Existenz und Inhalt und Umfang bemaß: das Wort (§ 9 unter 2. § 10 unter a. b).

In Folge dessen aber bietet der rigor einen Factor, mit welchem im Leben mit der größtmöglichen Sicherheit sich rechnen und operiren läßt: denn mit Hülfe der lexicalischen und grammatischen Gesetze der Sprache läßt sich mit Sicherheit ein Urtheil über die einem Rechtsacte zukommende Auffassung abgeben im Gegensatze namentlich zu der Subjectivität der Auffassung, welcher ein weiter Spielraum von der aequitas eingeräumt wird (§ 9 unter 3. 4. § 10 unter a. § 11).

Diesen so hervorragenden Vortheilen des rigor standen nun allerdings mehrfache Nachtheile gegenüber, und zwar zunächst, daß dadurch ein Jeder, der nicht eine genaue Kenntniß der Rechtsformeln und die zur correctesten und erschöpfenden Willenskundung befähigende Bildung besitzt, für den legalen Abschluß und die zureichende Willenserklärung der Rechtsgeschäfte, ebenso wie für den Proceß auf den Beirath von Formel-, wie Ausdruckskundigen (cautores) angewiesen war (§ 22 unter b. c. § 24 unter c), daher denn nun auch im alten Rom das cavere ein wichtiges Stück der Thätigkeit des Rechtskundigen bildete[391]. Allein für die Befriedigung dieses Bedürfnisses war doch auch wieder ausreichend gesorgt, indem die patroni und die pontifices, wie später auch die publice respondentes mit ihrem Beirathe dem Unkundigen zur Seite standen.

Sodann ist bezüglich des rigor anzuerkennen, daß derselbe für einen regen und schwunghaften, raschen und ausgedehnten Geschäftsverkehr im Allgemeinen zu lästig, zu beschwerend und hemmend ist: allein abgesehen davon, daß dieser Vorwurf bereits das Stipulationsrecht nicht mehr trifft, so begann auch in der That der Verfall des rigor von dem Momente an, wo zu Rom ein derartiger Geschäftsverkehr sich entwickelte (§ 53).

---

391) Plaut. Epid. II, 2, 107. Cic. de Orat. I, 48, 212. de Leg. I, 5, 17. de Off. II, 19, 65. Orat. 41, 141. 42, 143. vgl. A. 392.

Nicht minder bietet der rigor die Gelegenheit und Versuchung, bei Streitigkeiten zur dialektischen und sophistischen Ausbeutung der Rede und zur rabulistischen Wortspalterei Zuflucht zu nehmen: allein insoweit solches Verfahren nicht dem nachstehenden Gesichtspunkte der captio unterfiel, ward dasselbe erst in dem folgendem Zeitabschnitte gefährlich, wo die Römer mit den dialektischen Kunststücken der griechischen Sophisten und Stoiker bekannt geworden waren und solche reproducirten (§ 53), während die gegenwärtige Periode von derartigen Kunstfertigkeiten Nichts wußte.

Endlich ist auch der rigor das ganz eigentliche Gebiet für die captio. Das Wort nämlich, indem es gilt und herrscht nicht in dem Sinne seines Autors, als vielmehr in seinem allgemein sprachlichen oder lexicalen Sinne (§ 5), steht dem Redenden gegenüber gleich als ein körperliches Wesen, welches einerseits selbstständiger Träger eines abgegränzten Gedankenstoffes ist, wie aber auch zugleich der absolutesten Herrschaft des Menschen insofern unterworfen ist, als dieser bei concreter Verwendung des Wortes dessen als maaßgebend zu setzenden Denkgehalt auf das Genaueste zu fixiren und zu begränzen vermag theils durch die Wahl der übrigen, mit Jenem zur sprachlichen Periode verknüpften Worte, theils durch correcte Beobachtung der grammatischen Gesetze der Sprache. Allein solche vollkommene Beherrschung des Wortes gelingt in Wirklichkeit nur dem Besonnenen und Einsichtigen: nur derjenige, der bei der Rede sich voll und umfassend bewußt wird der ganzen Gedankenfülle, deren Träger das Wort ist, vermag die wahre Herrschaft über solches zu üben. Und so daher steht der Redende zu dem Worte gleich dem Zauberlehrlinge Göthe's gegenüber seinem Werkzeug: einmal gelöst und entbunden folgt das Wort den eigenen, ihm immanenten Gesetzen und stellt sich hiermit ebensowohl unabhängig von seinem Autor, wie es auch den Ungeschickten oder Unbesonnenen oder Unklugen schädigt, der es entband, ohne bei einer Mehrdeutigkeit seines Sinnes durch sorgliche Beobachtung der Sprachgesetze seine maaßgebende Sphäre abgegränzt zu haben. Denn solches Wort entwindet sich gleich der Schlange der Hand des Ungeschickten und wendet gegen diesen selbst sich zurück, ihn zu täuschen und

zu verletzen, wie es andrerseits aber auch in der Hand des Ueberlegenen und Klugen zur Waffe sich gestaltet, den Arglosen und Kurzsichtigen zu verletzen. Und so nun kann die Schädigung Jemandes durch das Mittel des mehrdeutigen Wortes auf zwiefachem Wege sich vollziehen: theils indem der Redende dem Anderen gegenüber listig und wohlbedacht eines mehrdeutigen Wortes sich bedient, welches der Letztere arglos und unbedachtsam hinnimmt und eine Bedeutung desselben unerwogen lassend, die der Redende selbst als die maaßgebende zu seinem Nutzen später geltend macht; theils aber auch indem der Gegenpart des Redenden zu eigenem Gunsten von der Mehrdeutigkeit der Rede des Anderen Gebrauch macht (s. z. B. in § 5 und A. 474). Und Beides nun ist es, was die Römer unter captio, captiosum, captare, capere im besonderen Sinne des Wortes begreifen, als der Ueberlistung und Uebervortheilung des Anderen durch eigennützige Ausbeutung einer mehrdeutigen und ungenügend bestimmten, insofern aber verfänglichen Rede, sei solche Rede nun die eigene oder die des Gegenparts [392]).

392) Lex Rubria lin. 42 fg.: ea nomina — — includantur, concipiantur, quae includei, concipei sine dolo malo oportet, nequid ei, quei de ea re aget petetve, captionei ob eam rem aut eo nomine esse possit. Att. Philoct. bei Non. 512, 12 (p. 175 Ribb.): contra est eundum cautim et captandum mihi; Varr. Sent. 23 (p. 266 Riese): captiosus de verbis disputator; Plaut. Capt. II, 2, 6: etiam quom cavisse ratus est, saepe is cautor captus est; Epid. III, 2, 23: quoi emeret, caveat; — — ipse cautor captust; Amph. I, 1, 269. Asin. IV, 1, 45. Epid. II, 2, 112. V, 2, 36. Men. IV, 2, 83. Most. III, 3, 18. V, 2, 23. Truc. II, 7, 65. Cic. p. Rosc. Com. 17, 52. p. Quinct. 16, 53. Acad. prior. 20, 66. de Amic. 26, 99. de Orat. I, 38, 174. Part. Or. [illegible] 133. ad Att. X, 15, 2. XV, 17. Vitr. I, 1, 10. Verg. Aen. II, 196. Ov. Her. II, 74. Javol. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 2, 39. pr.), Ulp. 18 ad Ed. (D. XIX, 1, 34), Paul. Sent. rec. V, 38, 2. Eine besondere Beziehung zu dem rigor tritt hervor bei Plaut. Ep. V, 2, 36 wozu vgl. Beil. XVII § VI. Cic. Brut. 53, 198. de Inv. II, 45, 134. p. Caec. 14, 40. (s. § 21 unter 3), Pap. 1 Def. (D. II, 15, 5), Paul. 4 Epit. Alf. (D. X, 4, 19): non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Insbesondere aber werden als captiones die Sophismen und Trugschlüsse: der Sorites, die epagoge dialectica, die κυριεύοντες und ἡσυχάζοντες bezeichnet, so Cic. Acad. prior. 14, 45. 15, 46. 16, 49. 29, 94. de Divin. II, 17, 41. de Fin. I,

Und solche captio mußte nun die gegenwärtige Periode in Wahrheit als ein innerhalb der Sphäre des rigor durchaus erlaubtes und in keiner Weise unehrenhaftes Verfahren ansehen, ja als dolus bonus würdigen[393]. Allein gegen die Gefahren solcher captio mußte die Klugheit schützen oder im Nothfalle das cavere und der Beirath des kundigen cautor, der dem Unerfahrenen zur Seite stand (A. 391).

Stellen wir aber diesen eigenthümlichen Vorzügen, wie Schwächen des rigor die aequitas vergleichend gegenüber, so beruht deren Vorzug gegenüber dem Ersteren in zwei Momenten, und zwar vor Allem darauf, in der juristischen Willensaction demjenigen Elemente derselben den Vorrang einzuräumen, welchem die Reflexion ganz unbedingt den höheren Eigenwerth zuzuerkennen hat; denn indem in dem Gegensatze der beiden Elemente: der Willensbestimmung und der Willensäußerung die Erstere, als der Denkgehalt, das geistige Element im juristischen Wollen vertritt, während die Letztere, als die Aeußerungsform des Gedankens nur dessen Träger oder Körper ist, so wird auf Grund dieser Prämissen die Reflexion der Willensbestimmung einen höheren Eigenwerth beimessen, somit

7, 22. II, 6, 17. de Fat. 13, 30. Tull. Tiro bei Gell. VI, 3, 34. 35. Sen. Ep. 45, 8. 82, 23. vgl. 9. 21. Gell. I, 2, 4. V, 10, 11. 16. XVIII, 13, 2. 3. 5. 6. Doch tritt bereits bei Cic. p. Rosc. Com. 10, 29. ad Att. V, 4, 4 der verallgemeinerte Begriff von Benachtheiligung auf. Bei den Juristen hat captio meist den Sinn von Benachtheiligung durch Anwendung eines Rechtssatzes, so bei Lab. in Ulp. 66 ad Ed. (D. XLII, 8, 6. § 10): captiosum, opp.: lucrosum; Javol. 7 Epist. (D. L, 17, 200): captio, oppos: minimum iniquitatis; Cels. bei Ulp. 22 ad Ed. (D. XI, 1, 11. § 12), Nerat. 7 Membr. (D. XLI, 3, 41), Vivian. in Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 5), Jul. 88 Dig. (D. XLV, 1, 59), Pomp. 19 ad Sab. (D. IX, 2, 43), Gai. 7 ad Ed. prov. (D. XXIX, 3, 7), Ulp. 11, 22, 23 ad Ed. (D. IV, 1, 1. IV, 4, 1. pr. XII, 2, 9. § 4. IX, 3, 5. § 2. L, 5, 13. § 3), 2 de Off. Cons. (D. XXII, 3, 14), Paul. 5 Quaest. (D. XVIII, 5, 7. § 1), Not. ad Pap. 5 Quaest. (D. XLVI, 5, 8), Constant. im C. Th. III, 2, 1.

393) Analog ist das von den alten Römern in Kriegsangelegenheiten angewandte Verfahren, durch die mannichfachsten Kunstgriffe den Gegner in die Lage zu versetzen, daß ihn der Vorwurf des bellum iniustum impiumque und die damit verbundene Gegnerschaft der Götter traf (s. Osenbrüggen, de iur. bell. 22); auch dies ist ein derartiger dolus bonus.

aber lediglich durch dasjenige Princip voll und wahr sich befriedigt fühlen, welches Jener, als dem Kinde des Geistes den Vorrang vor dem Sprößling der Lippe einräumt (§ 9 unter a. b. d). Und sodann kommt der aequitas der Vorzug zu, in höherem Maaße die Individualität des Wollenden zu wahren: indem die freieste Wahl der Form für die Willensäußerung dem Handelnden eingeräumt wird und indem, in Bezug auf das Wort insbesondere, nicht bloß dessen freie Wahl dem Redenden zugestanden, sondern auch dessen Sinn in steter und ungelöster Abhängigkeit von dem dabei leitenden Gedanken des Redenden belassen wird, so wird auch der erklärte Wille durchaus nur aus dem eigensten Inneren des Wollenden, aus seinem geistigen Ich heraus bemessen und beurtheilt und damit diesem Ich der entscheidendste Einfluß bei der Frage nach dem Denkwerthe der Willenserklärung gesichert.

Allein während beide Argumente lediglich einen theoretischen, nicht aber einen praktischen Werth haben und lediglich ein Bedürfniß der Reflexion befriedigen, nicht aber als Utilitätsrücksichten in den Lebensverkehr unmittelbar eingreifen, so steht andrerseits denselben als grelle Schattenseite der aequitas gegenüber, daß, indem dieselbe der Willensbestimmung das Uebergewicht gegenüber der Willenserklärung zuerkennt und so nun den Schwerpunkt des juristischen Willens in die psychische und rein interne Willensaction verlegt, damit im Differenzfalle zwischen Willen und Erklärung das Urtheil hierüber an einen rein internen und übersinnlichen Vorgang gewiesen ist, hierin aber eine Anforderung an dasselbe gestellt wird, deren correcte und exacte Lösung von den zufälligsten begleitenden Umständen bedingt, regelmäßig aber ganz unmöglich ist (§ 27), daher denn nun auch die römische Theorie genöthigt war, dem Principe der aequitas durch gewisse praktische Sätze zu Hülfe zu kommen, welche selbst von dem Standpunkte des Princips aus als die ärgsten Willkürlichkeiten, ja als Inconsequenzen nnd Widersprüche sich kennzeichnen (§ 28).

Und hierzu gesellt sich noch ein eigenthümliches historisches Bedenken: das classische Alterthum erblickte in der Interpretation ex mente legis nicht, wie wir, die einfache wissenschaftliche Explicirung eines, wenn auch in verborgenem und gebundenem

Zustande, so doch in Wahrheit bereits gegebenen Rechtes, als vielmehr den Act ächter Rechtsschaffung, wodurch ein ganz neuer Satz gewonnen und als Recht gesetzt wurde (Thl. I, 61); und diese vermeintliche legislatorische Thätigkeit der Wissenschaft mußte immerhin ein gewisses Bedenken, ja auf manchen Seiten wohl Anstoß erregen (§ 9 unter b. c).

Alle diese Momente aber ergeben, daß dem rigor, trotz seiner reflexiven Geringwerthigkeit der aequitas gegenüber doch ein bedeutend höherer Werth für das praktische Bedürfniß des Lebensverkehres zukommt, gerade dieser Umstand aber es vollkommen erklärlich erscheinen läßt, wenn die älteste Culturperiode Roms den rigor als das Zusagendere für das Recht annahm und zur ausschließlichen Herrschaft berief.

§ 45.

Historische Parallelen.

Die nach Maaßgabe von § 44 so werthvolle historische Parallele bietet zunächst der ältere germanische Proceß, für welchen von Siegel „die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang" in Sitzungsberichten der phil.-hist. Classe der kais. Akad. d. Wissensch. LI, 120 fg.[394]) die folgenden dem römischen rigor entsprechenden Sätze dargelegt worden sind:

„Die nächste Folge der Wortinterpretation war die, daß zum Nachtheil des Redners das als gesagt galt und dem Urtheile zu Grunde gelegt wurde, was den Worten entsprach, nicht was in seinem Sinn und seiner Absicht gelegen war. Die nächste Folge eines Formfehlers aber war die Ungültigkeit oder Nichtigkeit der betreffenden Erklärung oder Handlung (S. 124).

Bei den einfachen Erklärungen — und in solchen äußerten sich regelmäßig die Parteien — spielte in hervorragender Weise das Wort eine gefährliche Rolle. Die Rolle selbst aber war wieder eine verschiedene.

Handelte es sich um grundlegende Erklärungen im Rechtsgang, wie die Klage oder Berufung auf Zeugen, so entschied

---

394) Vgl. Siegel, die Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren in den cit. Sitzungsber. XLII, 201 fg.

das Wort und nicht der Sinn. Die aus den Worten sich ergebenden Folgerungen konnten von dem Gegner geltend gemacht werden, ohne zu fragen, ob sie in der Absicht des Redners gelegen waren, ja selbst wenn sie mit seinem Willen in offenbarem Widerspruche standen (S. 126).

Für eine Reihe von Erklärungen gab es herkömmliche Formeln, welche aus bestimmten, in gewisser Ordnung mit einander verbundenen Worten zusammengesetzt waren. Hier machte ein Verstoß wider die Ordnung, die Aenderung eines Wortes, der Zusatz oder die Auslassung eines solchen die Erklärung nichtig (S. 128).

Bei bezüglichen Erklärungen d. h. bei solchen, welche auf vorausgegangene sich bezogen, wurde sodann noch außer der unversehrten Formel eine genaue Uebereinstimmung mit letzteren in den Worten bis auf die Silben herab verlangt. Jede Dissonanz begründete einen Fehler, und machte die Erklärung nichtig. Wie der Kläger gesprochen, so mußte, um dem strengen Rechte zu genügen, der Beklagte antworten, entsprechend der Antwort mußte ferner der Eid lauten und wie letzterer von dem Staber vorgesagt worden, so mußte er von dem Schwörenden nachgesprochen werden (S. 130).

Selbst der Gebrauch der rechten Worte war indeß noch nicht genügend. Außer dem, was einer sprach, kam es noch darauf an, wie er sprach.

Laut und deutlich oder hell und rund, fest und fließend mußte eine jede Erklärung gegeben werden, nicht etwa wie man glauben könnte bloß diejenige, welche zum Zwecke der Vertheidigung diente. Ein Stottern und Stammeln, wobei Silben verschluckt wurden und dann wieder in polternder Rede Worte sich überstürzten, ein Zittern und Beben der Stimme oder gedämpfter hohler Klang derselben, ja sogar eine Unterbrechung durch Räuspern und Husten, kurz was nur einer dem Andern ablauschte, machte die Erklärung nichtig.

Sodann durfte die Aussprache der Silben keine außergewöhnliche, unherkömmliche sein; ein anderer Ton, ein fremdartiger Klang begründete einen Formfehler (S. 131).

Wenn endlich mit Erklärungen Handlungen verbunden waren, wenn die Hand den Mund begleitete, wie dies nament-

lich beim Schwure der Fall war, so traten zu den bereits besprochenen Gefahren noch neue hinzu; denn auch die Handlungen unterlagen dem strengen Rechte, der peinlichsten und förmlichsten Beurtheilung (S. 134)."

Und gleiche Sätze entwickelt für den älteren d. h. bis in das 13. Jahrhundert geltenden französischen Proceß Brunner, „Wort und Form im altfranzösischen Proceß" in den citirten Sitzungsberichten LVII, 655 fg.:

„Nach altfranzösischem Rechtsgang sollen die Dingleute das Urtheil nur auf Grund der Worte fällen, welche die Streittheile in ihrer Verhandlung vor Gericht gesprochen haben (S. 661).

Mit der Verhandlungsmaxime an sich wäre es nicht unvereinbar, daß das Gericht bei Auslegung der von den Parteien gesprochenen Worte einen gewissen Spielraum hätte, daß ihm gestattet wäre, auf den inneren Zusammenhang der Rede und auf die Natur des Streitfalles Rücksicht zu nehmen. — — Eine derartige Ergänzung des gesprochenen Wortes war nach altfranzösischem Rechtsgang den Dingleuten nicht erlaubt. Sie urtheilten stricte nach dem Wortlaut der Parteirede; für sie galt nur das, was gesagt war, nicht aber das, was die Partei sagen wollte und vernünftiger Weise auch nur zu sagen die Absicht haben konnte (S. 666 fg.).

Unter den Worten, welche die Parteien vor Gericht sprechen, sind die schlichten oder ungebundenen und die formellen oder gebundenen Worte zu unterscheiden, je nachdem der Redner sich in freier Conception ergehen darf oder bestimmte herkömmliche Schlagworte und Formeln zu beobachten hat. Bei jenen steht die Partei unter der Herrschaft der Wort-Interpretation, bei diesen unter dem rechtlichen Zwange der Form, der sich bei gewissen Acten des Processes dahin steigert, daß die formellen Worte von formellen Handlungen begleitet werden müssen (S. 667).

Wer — — zu seinen Ungunsten sich versprach oder missesprach — —, im Worte fehlte — —, eine unkluge und voreilige Erklärung abgab — —, konnte das Gesagte nicht widerrufen, nicht verbessern, nicht ergänzen, nichts hinwegnehmen — —. Der Gegner und in gewissen Fällen der Richter

konnten ihn beim Worte nehmen und die fehlerhafte Erklärung — — zu ihrem Vortheil geltend machen (S. 672 fg.).

Wenn Ausdruck und Absicht des Redenden sich nicht decken, so gilt, was gesagt, aber nicht gewollt, oder nicht in dem Umfang gewollt wurde. Andererseits gilt nicht, was gewollt, aber nicht ausdrücklich gesagt worden ist. Das Wort allein entscheidet, auch wenn die Dingleute und der Gegner mit Bestimmtheit entnehmen können, daß und in wiefern das Gesagte nicht der Ausdruck des Gewollten ist (S. 687).

Wurde an Stelle des wahren Namens ein anderer gesetzt oder der Name unrichtig, sei es auch nur mit unscheinbarer Aenderung der üblichen Form ausgesprochen, so war die betreffende Rede wirkungslos; der Kläger wurde mit der Klage abgewiesen, mochte es auch für den Gegner und die Dingleute aus den sonstigen Umständen noch so klar hervorgehen, wer in Wahrheit damit gemeint sei. Was von der Klage gilt, gilt überhaupt von allen Proceßreden, in welchen Namen zu nennen waren. Gemildert war das strenge Recht, wo man die Folgen des Irrthums im Namen dadurch ausschließen konnte, daß man der Benennung des Gegners die Clausel beifügte: Sollte er sich aber anders nennen, so will ich darum mein Recht nicht verloren haben, oder auch: Wegen des Namens und Beinamens soll mir kein Schaden erwachsen (S. 688 vgl. S. 743 unter 4)."

Alle diese Sätze aber bekunden auf das Treueste die Herrschaft des Princips des rigor mit allen seinen einzelnen Positionen während einer ähnlichen Culturperiode auch bei anderen Völkern, als bei den Römern.

Zweiter Abschnitt.

Die historische Ausprägung der Principien von der Mitte des sechsten Jahrhunderts bis zum Zeitalter Cicero's.

§ 46.

Historische Stellung im Allgemeinen der Principien.

Innerhalb des hier betrachteten Zeitraumes tritt der Gegensatz des unsolennen und solennen Rechtsactes in das Gebiet

des Rechtes selbst hinein; während bisher das Letztere, abgesehen von drei ganz isolirten Ausnahmen: der pactio legitima, der divisio patrisfamilias inter suos und dem unsolennen Eheabschlusse, keine unsolennen Geschäfte kannte (§ 32), vielmehr die Letzteren lediglich auf dem Boden der mores sich bewegten, so treten jetzt auch in dem Rechtsgebiete derartige unformale Acte auf: zuerst in gewissen, in iure sich vollziehenden Acten des Processes der lex Aebutia, in der mutui datio und den Consensualcontracten des ius gentium, sowie in der Tradition als Eigenthumserwerbmodus. In Folge dessen verschiebt sich daher die ursprüngliche historische Ordnung der Gegensätze: jene Gesetze, welche in dem ersten Zeitraume ausschließlich für das einfache Lebensgeschäft und innerhalb der Sphäre der mores galten, gewinnen nun auf Rechtsacte Anwendung und damit Eingang in das Recht selbst.

Dies aber ist der Fall zunächst hinsichtlich der ersten Position (§ 1), wo nun die Gegensätze dahin sich zuspitzen: nur gewisse Rechtsacte beruhen auf dictum, verbum oder dergl. oder, wie diese Zeit nun auch sagt, auf scriptum, dagegen andere Rechtsacte sind unsolenn und beruhen somit auf actum, res oder dergl.

Und im Gefolge dieser ersten Position tritt zugleich die zweite Position (§ 1) mit in das Recht hinein und gewinnt hier die Ausprägung: für den solennen Rechtsact und zwar für diesen allein ist dessen solenne Form: das verbum das rechtsverbindliche Element; für den unsolennen Rechtsact dagegen ist die kundgegebene Willensbestimmung: die voluntas oder resp. der consensus, das rechtsverbindliche Element.

Diese Thatsache des Eintrittes der aequitas in das ius reflectirt auch in der veränderten Stellung der fides zur iustitia: während in dem ersten Zeitraume die fides als das der aequitas d. i. dem Principe der voluntas entsprechende Verhalten in einem ausschließenden und sondernden Gegensatze zu der iustitia steht, als dem dem rigor d. i. dem Principe des verbum entsprechenden Verhalten (§ 31), so erhebt sich nun jetzt die fides zu einem Elemente der iustitia: in gewissen, der aequitas unterfallenden Rechtsverhältnissen von dem Rechte selbst als

pflichtgemäßes Verhalten erfordert und damit zur besonderen Beziehung der iustitia erhoben:

Cic. de Off. I, 5, 14: iustitia versatur in tuendo suum cuique et rerum contractarum fide; 7, 23: fundamentum autem iustitiae est fides id est dictorum conventorumque constantia et veritas, wozu vgl. 13, 39. Part. Or. 22, 78: iustitia — erga parentes pietas, creditis in rebus fides — nominatur; vgl. de Off. II, 8, 33. 34[395]).

Sext. Caec. bei Gell. XX, 1, 41: fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniae mutuaticae usu atque commercio[396]).

Jene beiden entgegengesetzten Principien stehen aber anfänglich innerhalb des Rechtes in dem Verhältnisse zweier selbstständiger Potenzen, welche friedlich neben einander walten, ohne sich zu kreuzen oder auf einander zu stoßen, indem jede ihr selbsteigenes, scharf abgegränztes und gegen das andere streng abgeschlossenes Rechtsgebiet beherrscht: der rigor über die solennen Rechtsacte, die aequitas dagegen über den unsolennen Rechtsact, wie auch über das den mores anheimfallende einfache Lebensgeschäft. Es entspricht daher solche Stellung beider Principien genau jener Stellung des ius civile und ius gentium, wie wir solche als die anfängliche in Thl. II § 86 darlegten, ja in den wichtigsten Beziehungen und von dem Processe der lex Aebutia abgesehen decken sich sogar ius civile und rigor, wie ius gentium und aequitas. Allein gegen Ausgang dieser Periode wird, wie in der Sphäre von ius civile und ius gentium (Thl. II § 86), dieses friedliche Verhältniß gestört: die aequitas greift in ihrer zweiten Position auf das Gebiet des rigor über d. h. sie unternimmt es, obwohl nicht

395) Ein aus philosophischen Vordersätzen hervorgegangener, daneben unfertender Begriffs-Schematismus ist es, wenn Cic. de Off. § 33 fg. cit. wiederum die fides als ein Product der Vereinigung von prudentia und iustitia erklärt.

396) Dasselbe tritt ganz markirt auch darin zu Tage, daß man das fidem sequi für einen Wechselbegriff von credere erklärte: Beil. XVIII. I. 6.

ohne lebhaften Widerspruch, auch bei dem solennen Rechtsgeschäfte die Willensbestimmung für dessen rechtsverbindliches Element gegenüber dem verbum zu erklären (§ 50).

Sodann vollzieht sich gegen Ausgang dieses Zeitraumes eine höchst bemerkenswerthe Umwandlung in der Auffassung und Bezeichnung der obigen beiden Principien: während in dem ersten Zeitraum das Princip der voluntas zwar historisch ausgeprägt war, dabei aber nicht der Anerkennung und Benennung als aequitas theilhaft wurde, indem diese Letztere durchaus nur das Princip der ungerechtfertigten Bereicherung umfaßte (§ 31), so gelangte nun im gegenwärtigen Zeitraume die Rechtsanschauung zu der Erkenntniß, daß ein näherer Grad von Verwandtschaft zwischen dem Principe der voluntas und jenem von Alters her der aequitas angehörigen Principe des damnum obwalte, und überwies nun in Folge dessen jenes Erstere neben dem Letzteren gleichfalls der aequitas; oder, mit anderen Worten, man verallgemeinerte jetzt den altüberlieferten Begriff der aequitas dahin, daß man dieselbe zum allgemeinen Maaßstabe des Angemessenen bei Bestimmung und Bemessung obliegender Verbindlichkeiten erhob und somit als ein auf der Nationalanschauung beruhendes Gesetz des äußeren Verhaltens, wie des Urtheiles über solches anerkannte. Und diese Umwandlung, welche begrifflich die römische aequitas unserer Billigkeit gleichstellt (Thl. I § 1. 4. 7) und namentlich von Cicero auf das Bestimmteste bekundet wird[397]), offenbart sich nun auch darin, daß die fides, als das dem Principe der voluntas entsprechende Verhalten (§ 31) sich umwandelt in eine bona fides d. i. dasjenige Verhalten, welches der von der römischen Nationalanschauung getragenen aequitas im Allgemeinen entspricht, und hierin nun auch auf die übrigen Principien der aequitas gleichmäßig sich mit erstreckt[398]).

---

397) S. § 21 unter 2, § 24 unter d und so auch Plaut. Cist. IV, 2, 94: aequom est tenere per fidem, quod creditum est, indem hier die fides das dem Principe der voluntas entsprechende Verhalten ist (§ 31).

398) Einen hübschen Beleg, wie bona fides an die Stelle von fides tritt, bietet Sen. Contr. I. praef. 3: diu ab illo nihil repetivi: solebat bonae fidei esse: es blieb Alles seiner Gewissenhaftigkeit (s. Beil. XVIII § 3) anvertraut.

Daneben tritt sodann die nicht minder bemerkenswerthe Thatsache hervor, daß die beiden Principien des verbum und der voluntas und zwar das Letztere unter der Bezeichnung aequitas in einem eminenten Sinne (Thl. I § 8) von der römischen Rhetorik in deren System eingeordnet und hier in einer Weise theoretisch, wie praktisch behandelt werden, welche durch ihre Vielseitigkeit, wie Klarheit in Erfassung und Behandlung des Lehrstoffes auf den ersten Blick auf das Aeußerste überrascht (§ 50).

Was endlich die dritte Position anbetrifft: einerseits, daß die psychische Beschaffenheit der Willensbestimmung juristisch ganz irrelevant ist, und andrerseits, daß die Einwirkung von vis, dolus oder error die Willensbestimmung fehlerhaft macht, so könnte es scheinen, als ob dieser Position die prätorischen Rechtsordnungen angehörten, wodurch vis und dolus, obwohl noch nicht der error, mit Relevanz bekleidet werden, ja als ob darunter auch die bei Weitem ältere Rechtsordnuug fiele, welche bei den bon. fid. actiones der vis, wie fraus Relevanz zuerkannte. Allein in § 52 werden wir darlegen, wie in allen diesen Beziehungen ganz andere systematische Gesichtspunkte aufgenommen wurden, welche jene Rechtsordnungen von der Sphäre des hier betrachteten Princips während des gegenwärtigen Zeitabschnittes noch vollständig ausschließen.

Ein eigenthümlicher Characterzug endlich, der in der gesammten Sphäre des Principienstreites innerhalb des Rechtes hervortritt, liegt darrin, daß dieser Streit nirgends an das in dem römischen Rechte so scharf markirte Centrum einer actio sich anlehnt. Denn die processualische Geltendmachung eines in der solennen Form des Rechtsactes begangenen Fehlers bedurfte keines eigenen Rechtsmittels: der Fehler wirkte ipso iure (§ 2) und somit annullirend und ward demnach processualisch zum Austrage gebracht als ein Incidenzpunkt des Processes über denjenigen Rechtsanspruch, welcher sich auf den betreffenden Act als auf seinen Rechtsgrund stützte. Und ebenso wenig bedurfte es innerhalb der zweiten Position: der Prävalenz je von verbum oder voluntas eines eigenen Rechtsmittels; denn indem dieses Princip die verstandesmäßige Auffassung des fremden Gedankens betrifft, wobei je verbum oder nuda voluntas als

verschiedene Träger und Leiter solchen Gedankenstoffes hingestellt werden, so gestaltet sich auch hiermit jene Principfrage ohne Weiteres zum Incidenzpunkte des Processes in Bezug auf denjenigen Rechtsact, aus welchem als dem Rechtsgrunde der betreffende Anspruch hergeleitet wird; und auch diese Incidenzfrage wird ipso iure geltend gemacht und vom Richter entschieden. Und da nun endlich in Bezug auf die dritte Position die Relevanz oder Irrelevanz von vis oder dolus, wie bemerkt, sich völlig abhebt von den beiden hier maaßgebenden centralen Gegensätzen: des solennen und unsolennen Rechtsactes und somit auch insoweit an die letzteren ein besonderes Rechtsmittel sich nicht anknüpft, so sind nun in Wahrheit die hier betrachteten Principien von rigor und aequitas ohne eigenes Rechtsmittel geblieben, welches dieselben geltend zu machen und durchzuführen berufen gewesen wäre. Und dieser Thatbestand ist denn nun auch der gleiche geblieben in allen späteren Perioden.

§ 47.

Die Form der juristischen Willenserklärung bei dem Rechtsacte.

In der gegenwärtigen Periode vollzieht sich zwar nicht, aber bereitet sich vor eine sehr einflußreiche Umwandlung der Form der Rechtsacte: der Uebergang von der nuncupativen zur documentalen Geschäftsform. Diese Thatsache, sowie die sie vorbereitenden Vorgänge sind jedoch keineswegs so aufzufassen, als ob solche Geschäftsform aus dem Literalcontracte sich entwickelt habe, als vielmehr dieselbe ward, allerdings unterstützt durch dieses Rechtsinstitut, selbstständig aus dem großgriechischen und etwa auch latinischen Geschäftsverkehre entlehnt[899]. Im römischen Rechtsverkehre aber hat diese Geschäftsform während des gegenwärtigen Zeitraumes im Allgemeinen nicht eine theoretische, als vielmehr lediglich eine praktische Bedeutung: sie ist nicht ein wesentliches Element der Rechtsbeständigkeit, als vielmehr eine aus Utilitätsrücksichten frei gewählte Beglaubigung des Rechts-

899) Ueber die Stellung der documentalen Geschäftsform im Griechischen s. Meier und Schömann, att. Proc. 495 fg. Ueber die griechischen Cultureinflüsse auf Rom während der gegenwärtigen Periode s. Thl. II § 80.

geschäftes, die namentlich für Stipulation und die Consensualcontracte sehr dringend sich anempfahl, weil diese der Solennitätszeugen entbehrten[400]). Während daher hierin die documentale Form keine rechtliche und wesentliche, sondern nur eine processualische Bedeutung hat, indem dieselbe nicht an Stelle, sondern nur als Begleiterin des nuncupativen Wortes auftritt und nicht solenne Rechtsform, als vielmehr nur processualisches Beweismittel ist, so gewinnt doch dieselbe bereits in diesem Zeitraume[401]) jene Bedeutung des Wesentlichen und zwar theils ganz zu Anfang dieser Periode in der formula der lex Aebutia: der schriftlichen Instruction des ius dicens an den iudex[402]), welche an Stelle der causae collectio des Legisactionenprocesses tritt, theils seit der Mitte dieser Periode in dem Testamente, insofern der Prätor die Bon. Poss. secundum tabulas auch aus demjenigen Testamente ertheilt, bei welchem die Mancipations-Solennitäten mangeln[403]). Ja bereits in dem schriftlichen Mancipations-Testamente liegt ein theilweiser Uebergang

---

400) Vgl. Beil. XVII § III. Documentirte Stipulation: Auct. ad Her. II, 9, 13. Cic. Part. Or. 37, 130. Top. 26, 96. p. Rosc. Com. 13, 37. p. Caec. 18, 51. Schriftliche pacta conventa: Cic. Part. Or. und p. Caec. citt., und so insbesondere leges conductionis: Plaut. Asin. I, 3, 85 fg. IV, 1, 1 fg. Varr. RR. 1, 2, 17. Vitruv. I, 1, 10. Alfen. 3. 7. Dig. (D. XIX, 2, 30. § 3. fr. 29), Veteres bei Pap. 5 Quaest. (D. II, 14, 39). Daher stellt nun auch Cic. p. Mur. 9, 19 neben das respondere, agere und cavere das scribere als ein viertes Stück der Thätigkeit des Rechtskundigen.

401) Damit geht Hand in Hand die Einführung von Stimm-Täfelchen an Stelle der mündlichen Abstimmung in den Comitien durch die lex Gabinia v. 615: Marquardt, r. Alterth. II, 3, 98.

402) Die verhältnißmäßig sehr frühe Einführung solcher schriftlichen formula durch die lex Aebutia: im J. 513—517 (s. Beil. XXI A. 2) berechtigt zu der Annahme, daß die Römer jenes Stück des Proceßverfahrens aus dem latinischen Processe entlehnten.

403) Die B. P. sec. tab. bekundet für 518 Sabin. bei Plin. H. N. VII, 5, 40 (und daraus Gell. III, 16, 23), wozu vgl. Pauly, Realenc. V, 1151. a. E.; für 677 und 691 Val. Max. VII, 7, 6. 7; ferner als edictum tralaticium Cic. in Verr. II, I, 41, 104. 45, 117. III, 7, 16. Top. 4, 18. 11, 50. de Inv. II, 21, 62. ad Fam. VII, 21 und dazu Huschke, Studien 2 fg. Im Allgemeinen vgl. Fabricius, Bon. Poss. 121 fg. Huschke in krit. Jahrb. 1839. 22 fg. Bachofen, ausgew. Lehren 264 fg.

von dem dictum zum scriptum, insoweit das Erstere durch das Letztere nicht einfach bekundet, als vielmehr theilweis ersetzt wird.

Was nun insbesondere den rigor anbetrifft, so nehmen wir zwar eine Abstumpfung der alten Formen in der Stipulation auf Dabisne? dabo wahr, insofern dieser ein selbstständiges, technisches Stichwort mangelt (Beil. XIX § VII unter V B 2), und ebenso scheint man, was die Aussprache des Rechtsactes betrifft, hierin auf das Erforderniß des Verständlichen zurückgegangen zu sein (§ 55), so daß man die Anforderung glatter und fließender Rede fallen ließ[404]; allein im Uebrigen wurden die Consequenzen des rigor noch in voller Strenge festgehalten, und so auch bei denjenigen solennen Rechtsacten, welche erst in dieser Periode neu geschaffen werden, wie z. B. die cognitoris datio und das Mancipationstestament in seiner jüngeren Gestalt mit der dreifachen solennen Formel der familiae mancipatio, der nuncupatio testamenti und der perhibitio testamenti[405]. Insbesondere sind daher ebenso die certa, solennia, civilia, legitima verba noch wesentliche Form der juristischen Willenserklärung, wie auch dieselben in getreuester Wiedergabe in Bezug auf das Einzelwort, wie auf Wort- und Satzfolge erfordert werden[406]. Und ebenso wird das Requisit der Consonanz der Worte bei zweiseitig solennen Rechtsgeschäften festgehalten, wenn auch, was die Stipulation betrifft, nur hinsichtlich des Stichwortes, wogegen hinsichtlich des dispositiven Theiles nicht erfordert wird, daß der promissor den gesammten, vom stipulator in Worte gekleideten Inhalt der Stipulation wiederhole[407]. Endlich das Erforderniß der Correspondenz der

---

404) Wenigstens tritt dieses Requisit in unseren Quellen nur noch bei den sacralrechtlichen Acten zu Tage: § 2, und wird insbesondere für den Legisactionenproceß weder von Cicero noch von Gaius erwähnt.

405) Die cognitoris datio ist solenn: Gai. IV, 83. 97. Ulp. 8 ad Ed. (fr. Vat. § 318, vgl. Keller, Civ.-Pr. A. 614), aber dem Legisactionenprocesse fremd: Gai. IV, 82. Ulp. 14 ad Ed. (D. L, 17, 123. pr.). Das älteste historische Zeugniß bietet das decret. collegii trib. pl. v. 600 (s. Pauly, Realencycl. I, 2, 2163) bei Val. Max. VI, 5, 4. — Mancipationstestament s. Bachofen, ausgew. Lehren, 255 fg.

406) Cic. p. Mur. 11, 25. de Orat. I, 55, 236. s. § 2.

407) S. die Beisp. von Stipulationen in A. 242 und bei Plaut. Capt.

Form bei bezüglichen Rechtsgeschäften, welches bereits in dem ersten Zeitabschnitte bei der transscriptio a re in personam, der expromissio und delegatio nicht gewahrt blieb (§ 32), ward in dem gegenwärtigen Zeitraume anderweit durchbrochen, indem man die promissorische fideiussio bei jedweder Obligation zuließ (Beil. XIX A. 119).

Während somit die historischen Vorgänge, welche während dieser Periode sich vollziehen, insoweit eine durchaus untergeordnete Bedeutung heben, als sie die Herrschaft des rigor innerhalb seines altüberlieferten Gebietes im Wesentlichen unberührt lassen, so vollzieht sich nun auf Seiten der aequitas ein Vorgang, der von der folgereichsten Bedeutung für die gegenseitige Stellung der Principien, wie für deren gesammte historische Entwicklung ward, die Bildung nämlich des privatrechtlichen ius gentium der Römer mit seinen unsolennen Rechtsgeschäften, welche in dem sechsten Jahrhundert beginnt und mit dem Kaufs-Rechte in seinen mannichfachen Beziehungen eröffnet, woran sodann die Ausbildung der locatio conductio, societas und des mandatum als selbstständiger Contracte in successiver Folge sich anschließt, während gleichzeitig auch die Klage aus der mutui datio geschaffen wird (Beil. XXI). Und hierneben tritt dann noch zu Ausgang dieser Periode eine anderweite Geschäftsfigur in dem Eide, welchem ein juristischer und zwar klagerzeugender Effect, somit also die Bedeutung einer Contractsform bei der iurata promissio operarum liberti durch das Edict des Prätors P. Rutilius Rufus v. J. 646 beigelegt wird[406]. Allein dieser Eid, obwohl von Alters her nicht an solenne, sondern lediglich an Worte überhaupt gebunden (§ 33), wird um dieses letzteren Momentes willen von der Rechtswissenschaft den Verbalcontracten, somit also den solennen Rechtsgeschäften überwiesen.

Alle diese Bildungen aber treten von vornherein durchaus nicht unvermittelt neben das ältere Recht, vielmehr finden sie

---

IV, 2, 118 fg. Pseud. I, 1, 115 fg. IV, 6, 16. Bacch. IV, 8, 41 fg.; sodann Cic. p. Caec. 3, 7: si quis, quod spopondit, qua in re verbo se obligavit uno. Ebenso J. Just. III, 19, 5: nec enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit.

406) Huschke in Ztschr. f. Civilr. u. Proc. 1856. XIV, 19 fg.

in dessen pacta legitima (§ 32) einen Anknüpfungspunkt, auf welchen sich stützend jene Neubildung sich vollzieht (Beil. XXI § XXIII). Indem aber bereits das pactum legitimum der XII Taf. dem Princip der aequitas unterfiel, so war daher für die emtio venditio und alle späteren ihr gleichartigen Contracte ohne Weiteres die aequitas als theoretische Grundlage dadurch gewonnen, daß man jenen Vertrag von Anfang an für ein pactum erklärte und lediglich darin dasselbe ganz anders als das pactum legitimum behandelte, daß man die emtio ebenso als ein Obligation-begründendes, wie als ein klagbares Rechtsgeschäft anerkannte. Insbesondere aber war damit die principielle Consequenz begründet, daß die unsolenne Willensäußerung die zureichende Form der juristischen Willenserklärung ergab. Dennoch aber tritt solcher Satz in der gegenwärtigen Periode noch mit einer gewissen Reserve und noch nicht in seiner äußersten Consequenz zu Tage: denn gleichwie für das pactum legitimum zwar die unsolenne Willenserklärung als genügend galt, doch aber dabei ausdrückliche Willenserklärung vorausgesetzt wurde (A. 230), so nun erkannte auch die gegenwärtige Periode eine stillschweigende Willenserklärung selbst bei den unsolennen Consensual- und Realcontracten noch nicht an:

Cic. p. Caec. 18, 53: voluntas — si tacitis nobis intelligi posset, verbis omnino non uteremur; quia non potest, verba reperta sunt, — — quae indicarent voluntatem [409].

§ 48.

Das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

Die zweite Position der beiden Principien, betreffend das rechtsverbindliche Element des Actes, folgt in ihrer historischen Ausprägung und Entwicklung der ersten Position (§ 47): während des vorhergehenden Zeitraumes galt, abgesehen von

---

409) Vgl. A. 221. Damit ist nicht widersprechend der Satz, daß bei ausdrücklicher Willenserklärung gewisse Momente unausgesprochen bleiben: § 21 unter c, § 22 unter a. Vgl. im Allgemeinen Thl. II § 80. Die Ausgänge der Theorie von der stillschweigenden Willenserklärung s. Thl. I § 86.

dem unsolennen Ehevertrage, der divisio patrisfamilias inter suos und pactum legitimum, das dictum, nicht das actum als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes, der selbst darin dem rigor den geeignetsten Stützpunkt bot, daß er solenn und zwar in Worte gekleidet war; indem nun in der gegenwärtigen Periode in dem ius gentium eine Gruppe höchst wichtiger an sich unsolenner Geschäfte in das Rechtsgebiet übertritt, so entziehen sich diese von vornherein der Herrschaft des rigor und erkennen nach wie vor nicht das dictum oder verbum, sondern das actum oder die voluntas als ihr rechtsverbindliches Element an. Demgemäß aber hat, wie bemerkt, diese das rechtsverbindliche Element des Actes betreffende Position das gleiche Centrum und die gleiche Sphäre, wie jene erstere, die Form der Willenserklärung betreffende Position, gegeben in dem Gegensatze des juristisch solennen und unsolennen Rechtsgeschäftes: jenes dem rigor, dieses ebenso, wie das einfache Lebensgeschäft, der aequitas untergeordnet.

Diese Gränzbestimmung erleidet nun zwar keine Ausnahme darin, daß die an sich unsolennen Geschäfte vielfach im Geschäftsverkehre in solennen Worten verlautbart wurden (§ 33), wohl aber darin, daß von Alters her die Möglichkeit geboten war, wie geboten blieb, durch eine dem Texte des Rechtsactes inserirte Clausel solchen der Herrschaft der voluntas zu unterwerfen (§ 5 a. E., § 13). Hiermit aber ist wiederum verwandt, wenn auch nicht wesengleich, die doli mali clausula, indem deren Effect nicht soweit sich erstreckt, diejenige Stipulation, der sie inserirt ist, in ihrer Totalität der Herrschaft der aequitas zu unterstellen, als vielmehr lediglich insoweit, als nicht direct durch die Worte selbst der Stipulation Recht und Pflicht der Contrahenten nach Inhalt und Umfang bestimmt sind (Beil. XIX § IV). Indem daher bei der doli mali clausula aequitas und rigor in die Herrschaft über das Rechtsverhältniß sich theilen, in der Weise, daß dem rigor die in Worten verlautbarte Vereinbarung, der aequitas dagegen das darüber Hinausliegende an Recht und Pflicht unterfällt, so ist nun diese letztbezeichnete Sphäre des Rechtsgeschäftes auch dem Principe der voluntas oder des actum unterworfen (Beil. XIX § IV unter cc). Jedoch ist, was die fidepromissio insbesondere mit ihrem zur Bedeu-

tung einer doli clausula erhobenen Beisatze des „fides" betrifft, von der Annahme auszugehen, daß in der ersten Zeit der Anerkennung jener Geschäftsform als Contract dieselbe nicht nach solcher Theorie von der doli mali clausula beurtheilt wurde, welche allein den nicht in Worte gekleideten Theil des Geschäftes der aequitas unterstellt, sondern daß vielmehr dieselbe dem Gesetze der in § 5 a. E. und § 13 aufgeführten Clauseln folgte, das Geschäft in seiner Totalität der aequitas zu unterstellen: denn von Alters her ist die fidepromissio lediglich ein einfaches Lebensgeschäft, welches auf firmata fides gestellt ist (§ 38) und welches nun, auch nachdem es im 6. Jahrh. zum Rechtsgeschäfte erhoben worden war (Beil. XIX § VII unter V, 2), solches Fundament bis dahin behauptete, wo in Folge des Auftretens noch anderer doli clausulae (Beil. XIX § IV) die Rechtswissenschaft zur Aufstellung einer eigenen Theorie über den Effect dieser Clauseln im Allgemeinen veranlaßt wurde.

Was nun insbesondere den rigor anbetrifft, so tritt derselbe, von den nurbezeichneten ausnahmeweisen und auf Privatdisposition zurückgehenden Einschränkungen abgesehen, mit seinem altüberlieferten Herrschaftsgebiete in den gegenwärtigen Zeitraum ein, ebenso den solennen Rechtsact, wie das privatrechtliche Gesetz beherrschend. Allein wenn immer auch, was das privatrechtliche Gesetz betrifft, die diesfallsige Geltung des rigor bis gegen Ausgang dieser Periode durchaus unbestritten, wie unbezweifelt war, so treten doch in dieser Beziehung bereits frühzeitig Erscheinungen hervor, die, durchaus auf dem in Thl. I § 4 dargelegten Sachverhalte beruhend und in diesem auch ihre Erklärung findend, jene Geltung des rigor in ganz eigenthümlicher Weise modificiren. Einerseits nämlich bereitet sich vor und vollzieht sich auch theilweise ebenso wohl eine tiefgreifende Umgestaltung der wirthschaftlichen und culturhistorischen Verhältnisse des römischen Volkes, als auch eine Umwandlung der römischen Nationalanschauung selbst (Thl. II § 75. 81), während andrerseits die Legislation diesem Wechsel von Verhältnissen und Anschauungen nicht mit gleich beschleunigtem Schritte zu folgen vermochte, oder geneigt war. Und sodann würde eine stricte, gewissenhafte und durchaus consequente Anwendung des rigor die in dieser Zeit sich entwickelnde Rechtswissenschaft in ihrer

theoretischen Thätigkeit durchaus nur auf eine Exegese der gegebenen Gesetze beschränkt haben, welche einzig und allein mit grammatischen, lexicalischen und sprachgeschichtlichen Momenten operiren konnte, so aber ebenso diese Wissenschaft zu einer äußerst bescheidenen und geistig unbefriedigenden Thätigkeit herabgedrückt, als auch dieselbe der Möglichkeit beraubt haben würde, ihrer Seits in der Stellung des Rechtes gegenüber dem Volksleben und Volksgeiste eine vermittelnde Wirksamkeit zu entfalten, das beschränkte und theilweise schon veraltende Recht fortzubilden, den Bedürfnissen des neugestalteten Lebensverkehres anzupassen, vorhandene Lücken Hand in Hand mit der edictiven Thätigkeit der Prätoren zu ergänzen, im Allgemeinen aber eine Stagnation der Rechtsentwicklung abzuhalten und den zeitgemäßen Fortschritt derselben zu fördern. Und indem nun jene junge Rechtswissenschaft, die Interpretatio mit jener bescheidenen Thätigkeit der reinen Exegese sich zu begnügen selbst nicht geneigt war, so entstand nun hiermit ein Conflict zwischen jenem Standpunkte des rigor mit seinen Anforderungen und zwischen diesen weiterstrebenden Tendenzen der Interpretatio, der nun historisch in der Weise zur Lösung gelangt, daß die Interpretatio zwar theoretisch den rigor als das maaßgebende Princip ihrer Operationen festhält, praktisch aber dieses Princip so frei, ja äußerlich willkürlich handhabt, daß dasselbe vielfach nur als Maske erscheint, hinter welcher jene weitergehenden Tendenzen der Interpretatio sich verwirklichen. Diesem interessanten historischen Vorgang werden wir indeß in § 49 eine besondere Darstellung widmen.

Dahingegen für den solennen Rechtsact behauptet der rigor seine alte maaßgebende Stellung bis gegen Ausgang dieser Periode, wo nun im Zusammenhang mit der Theorie der Interpretation gewisse die aequitas vertretende Juristen das actum, die voluntas oder den consensus für maaßgebend erklären[409a].

409a) So bei lex mancipii Alfen. Var. bei Paul. 4 Epit. Alf. Var. Dig. (D. XVIII, 1, 40. § 1. 3) s. § 23; bei Stipulation: Trebat. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. § 2), Veteres in J. Just. III, 30, 3 und bei Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39) s. § 26 unter 2a; vgl. A. 455. 456.

Eine die Geltung des rigor beeinträchtigende Ausnahme trit jedoch darin auf, daß der ganz vereinzelt als Contractsform recipirte und als Verbalcontract anerkannte Eid (A. 408) doch der Herrschaft der aequitas unterstellt blieb, der er von Alters her als auf firmata fides stehend angehörte[410].

Endlich am Ausgange dieser Periode tritt ganz plötzlich das tiefgreifendste und folgenreichste Ereigniß in der Geschichte der hier betrachteten Principien ein: durch Lehrsätze der griechischen Rhetorik getragen, gewinnt eine neue Theorie von der Interpretation zuerst in der römischen Rhetorik die Herrschaft, und sodann auch in der römischen Jurisprudenz eine Vertretung, wie in der Rechtspflege vereinzelte Anerkennung: die Theorie, welche dem rigor im Principe überhaupt alle und jede Anwendung abspricht, vielmehr auch den solennen Rechtsact, wie die das Privatrecht betreffenden Gesetze der aequitas unterstellt. Und indem nun hiermit in Wissenschaft, wie Rechtspflege eine Controverse wach gerufen wurde, welche in voller Vielseitigkeit und Breite in den Quellen hervortritt, so ist nun dieser Vorgang nach § 50 zur eingehenderen Darstellung zu verweisen. Zugleich wird aber auch wieder der Fall, wo die Willenserklärung bei einem Rechtsacte unter Lebenden durch dolus oder vis des Mitinteressenten zu dessen Gunsten beeinflußt ist, diesem Principienstreite entzogen und auf das Fundament einer gesetzgeberischen Regelung gestellt, indem solches Vorkommniß dem honorarischen Edicte mit seinen Rechtsmitteln wegen dolus und vis mit unterfiel (s. § 52).

Andrerseits die aequitas trat in das Recht herein mit einem von Alters her ererbten Herrschaftsgebiete, gegeben in dem an sich unsolennen Geschäfte, welches in der ältesten Zeit den mores sich einordnete und hier nun von der Volksanschauung auf die fides, als die dafür maaßgebende Richtschnur und Norm gestellt war (§ 36. 38). Und indem nun solches unsolenne Geschäft als Rechtsgeschäft recipirt wurde (§ 47), so erkannte man auch nach wie vor solche fides oder auch bona fides (A. 397) als das subjective Correlat der aequitas und als das maaßgebende

---

410) S. § 38 und insbesondere Cic. de Off. III, 29, 107: quod — ita iuratum est, ut mens conciperet fieri oportere, id servandum est; quod aliter, id si non feceris, nullum periurium est.

Regulativ für dieses Rechtsgeschäft an, eine Thatsache, die ebenso in der veränderten Stellung der fides zur iustitia im Allgemeinen sich bekundet (§ 46), wie auch bezüglich der einzelnen Rechtsgeschäfte im Besonderen bezeugt ist[411]. Oder, mit anderen Worten, das unsolenne Rechtsgeschäft unterfiel zur Zeit seines Eintrittes in das Recht der aequitas, daher denn auch die obenerwähnte Controverse durchaus nicht das unsolenne Rechtsgeschäft betrifft (§ 50), da hier die aequitas, wie bemerkt, eine völlig unbestrittene Herrschaft übte.

§ 49.

Das Verfahren der Interpretatio bezüglich der das Privatrecht betreffenden Gesetze.

Die Aufgabe der Interpretation des Rechtes ist nach unserer modernen Auffassung die Exegese der Rechtssätze, die wissenschaftliche Erfassung wie Darlegung des Denkgehaltes, welcher in dem Rechtssatze kundgegeben ist. In dieser Bedeutung, wie Function kennt auch das römische Alterthum die interpretatio[412]:

Auct. ad Her. IV, 28, 38: interpretatio est, quae non

---

411) Im Allgemeinen: Glossem bei Cic. de Off. I, 13, 40: semper in fide (i. e. in pactionibus, quae fidei sunt) quid senseris, non quid dixeris cogitandum. Im Besonderen wird auf die fides fundirt die emtio venditio: Plaut. Merc. II, 3, 85 fg. III, 1, 138 fg. vgl. IV, 3, 28. Rud. prol. 47 und sodann Serv. bei Lab. 5 Post. a Jav. epit. (D. XVIII, 1, 80. § 2): primum sequendum esse, quod appareret actum esse; Trebat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 17. § 2), Alf. Var. 4 Dig. a. Paul. epit. (D. XVIII, 1, 40. § 3): maxime referre, quid esset actum; die locatio conductio: Plaut. Bacch. IV, 4, 100; das mandatum: Cic. Top. 10, 42. 17, 66. p. Rosc. Am. 38, 111; die societas: Plaut. Pseud. I, 3, 128. Cic. Top. cit. p. Quinct. 6, 16. — Solche Ueberweisung dieser Contracte an die fides steht überdem in einer Beziehung zu den Principien von Buch II, woselbst weitere Citate gegeben werden.

412) Vgl. Plaut. Truc. I, 2, 41. Cic. de Off. I, 10, 33. II, 2, 5. de Inv. II, 40, 117. de Orat. I, 6, 23. de leg. agr. II, 3, 7. p. Balb. 16, 36. u. a. m. Cels. 29 Dig. (D. I, 3, 18), Jul. de Ambig. (D. XXXIV, 5, 13. § 6), Gai. 1 ad XII tab. (D. I, 2, 1), 21 ad Ed. prov. (D. XLVII, 9, 5), Pap. 1 de Adult. (D. XLVIII, 3, 2. § 1), Ulp. de Exc. (fr. Vat. 132), Paul. l. 5 ad Plaut. (D. L, 17, 168. 172), 3 ad Sab. (D. cit. 12), 65 ad Ed. (D. cit. 155. § 2), Ter. Clem. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 1, 64. § 1). Vgl. Schilling, Inst. § 20, b.

iterans idem redintegrat verbum, set id conmutat, quod positum est, alio verbo, quod idem valet;

Cic. Brut. 39, 144: in interpretando, in definiendo, in explicanda aequitate; 41, 152: rem latentem explicare interpretando, ambigua-distinguere;

Lab. 2 Post. a Jav. epit. (D. XXXII, 1, 29. pr.): in eiusmodi legato non ius uxorium sequendum, sed verborum interpretatio esset facienda;

Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 6): aptanda est — nobis singulis verbis SCti congruens interpretatio.

Dieser Interpretation aber fällt die doppelte Aufgabe zu, entweder bei correcter Ausdrucksweise des Rechtssatzes dessen Denkgehalt durch eine Paraphrase einfach zu vergegenwärtigen und zu verdeutlichen, oder aber bei mangelhafter Ausdrucksweise durch eine complicirtere Operation und mit den in § 27 dargelegten Hülfsmitteln überdem auch noch solche Ausdrucksweise des Rechtssatzes in ihrem Denkgehalte festzustellen.

Dieser Interpretation hat nun das römische Recht seit der Existenz geschriebener Gesetze zu keiner Zeit entbehrt; allein das Princip des rigor bedingte, daß zunächst die Aufgabe des Interpreten nicht darauf sich richtete, denjenigen Denkgehalt des Gesetzes zu expliciren, den der Gesetzgeber mit dem Worte verbinden wollte, als vielmehr einfach den Begriff darzulegen, der nach national sprachlichem Gesetze mit dem Worte sich selbst verband (§ 5). Und demgemäß schloß sodann der rigor bei scriptum et voluntas, wie bei ratiocinatio, somit bei Incongruenz von Wort und Willensbestimmung, wie bei Lückenhaftigkeit der Rede alle und jede hierauf zu stützende Interpretation aus (§ 9. 10). Daraus aber ergiebt sich die doppelte Beschränkung der Interpretation, daß einmal dieselbe nur bei definitio, ambiguum und contrarium Platz greifen kann (§ 11—13), und daß sodann auch hier dieselbe durchaus nur auf grammatische, lexicalische und sprachgeschichtliche Gesetze und Thatsachen als auf die Handhaben ihrer Operationen angewiesen ist.

Dieses Verhältniß aber reflectirt im Allgemeinen in dem Zusammenfassen von juristischen und grammatischen sammt lexicalischen Studien, welches bei so zahlreichen Gelehrten der ausgehenden Republik und der beginnenden Kaiserzeit uns entge-

getritt und so namentlich bei L. Aelius Stilo, M. Terentius Varro, L. Cincius, Aelius Gallus, Serv. Sulpicius, Labeo und Capito[413]); nicht minder sodann in der verhältnißmäßig so überreichen Litteratur, welche zu der nämlichen Zeit mit der Verborum interpretatio oder significatio sich befaßt[414]), so insbesondere Cincius de verbis priscis, Santra de verborum antiquitate, Cloatius Verus de verbis a Graecis tractis, Veranius liber priscarum vocum, C. Aelius Gallus und Verrius Flaccus de verborum significatione[415]); sowie endlich in der wissenschaftlichen Methode der Behandlung des Rechtes, welche in wahrhaft üppiger Fülle in Untersuchungen über jene verborum significatio sich ergeht. Beispiele hierfür bieten bezüglich des Wortes lignum Qu. Muc. Scaevola und A. Ofilius bei Ulp. 25 ad Sab. (D. XXXII, 1, 55), bezüglich instrumentum Serv. Sulpicius, Alf. Varus, Trebatius Testa, Labeo, Pegasus, Cassius, Sabinus, Neratius, Rufinus u. A. bei Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXIII, 7, 12), bezüglich pellex Granius Flaccus de iur. Papir. u. Sabin. Memorial. bei Paul. 10 ad l. Jul. et Pap. (D. L, 16, 144), bezüglich aurum Ael. Gallus, Serv., Tubero, Labeo, Procul., Scaevola bei Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIV, 2, 32) und bei Ulp. 44 ad Sab. (D. cit. 27), bezüglich argentum Qu. Mucius, Serv., Cascell., Ofil. und Labeo bei Javol. 2 ex Poster. Labeon. (D. XXXIV, 2, 39) und bei Ulp. 44 ad Sab. (D. cit. 27), bezüglich frux Ael. Gallus, Serv., Alf. Varus und Julian. bei Paul. 49 ad Ed. (D. L, 16, 77), bezüglich des Ausdruckes quod cuius causa emptum paratumve est Qu. Muc. bei Pomp. 5 ad Qu. Muc. und 8 ad Sab. (D. XXXIV, 2, 10, 34. § 1.), Alf. Var. 7 Dig. (D. cit. 28),

413) Vgl. Schöll, XII tab. rel. 9 fg.; vgl. auch Cic. Brut. 41, 152. sowie Suet. de Gramm. 4: audiebam —, memoria patrum quosdam e grammatici statim ludo transisse in forum atque in numerum praestantissimorum patronorum receptos. Vgl. auch A. 87.

414) Verborum interpretatio namentlich bei Cic. de Orat. I, 42, 187; verborum significatio s. A. 118 und Kayser zu Cornific. ad Her. IV, 54, 67. Den summus circa verborum proprietatem labor der Juristen hebt rühmend hervor Quint. J. O. V, 14, 34.

415) Vgl. Bähr, Gesch. d. r. Litter. § 382. Bernhardy, r. Litter. § 130.

Cascell., Trebat. und Labeo in dessen lib. 2 Poster. (D. XXXII, 1. 29 pr. 100. § 2.), wie Ulp. 22 ad Sab. (D. XXXII, 1, 49. § 7. XXXIII, 9, 3. § 6.) u. A., bezüglich soror Lab. 4 ad Ed. bei Gell. XIII, 10, 3. und Non. Marc. 52, wie denn überhaupt dieser Methode und der durch dieselbe bestimmten Litteraturperiode Titelbezeichnungen entstammen wie de tritico, vino vel oleo legato, de instructo vel instrumento legato, de peculio legato, de penu legata, de supellectile legata, de alimentis vel cibariis legatis, de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis[416].

In welcher Weise aber derartige Erörterungen geführt wurden, dafür mag als anschauliches Beispiel das Wort penus[417]) dienen, dessen Vorkommniß in den Testamenten[418]) die Veranlassung zu den einschlagenden Untersuchungen gab. Und zwar stellte S. Aelius Paetus Catus in seinen Tripartita die Begriffsbestimmung auf, daß die penus nicht allein Victualien, sondern alle für den hauswirthschaftlichen Bedarf dienlichen Consumtibilien sammt dem zu deren Herstellung erforderlichen Materiale unter sich begreife, somit auch Weihrauch und Kerzen[419]). Hieran festhaltend überweist P. Rutilius Rufus der Penus nach Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3 § 9) Holz und Kohlen, welche nicht etwa zum Verkaufe bestimmt sind, da solche

416) Dig. XXXIII, 6. 7. 8. 9. 10. XXXIV, 1. 2. Alle diese Titel entstammen aus dem Sabinus-System und sind in dieses zweifelsohne aus den libri iuris civilis der ausgehenden Republik übergegangen. — Dem Allem entspricht z. B. die Consultation bei Macr. Sat. II, 6, 1: an nux pinea pomum sit, wozu vgl. Alf. 4 Dig. a Paul. epit. (D. L, 16, 205).

417) Vgl. hierüber Klausen, Aeneas und die Penaten II, 636 fg. Marquardt, r. Alterth. IV. A. 1233 fg. 1839. Wegen der von der penus legat. handelnden Pandecten-Fragmente vgl. Sanio z. Gesch. d. röm. Rechtswiss. 21. 67. 101. Schneider, Serv. Sulpic. II, 7 fg.

418) So Lucil. Sat. 16 bei Gell. IV, 1, 3: legavit quidam uxori mundum omne penumque, und bei Serv. in Aen. I, 703: uxori legata penus; Cic. Part. Orat. 31, 107. tit. Dig. XXX, 9.

419) Bei Gell. IV, 1, 20: non quae esui [tantum] et potui forent, sed thus quoque et cereos in penu esse quodque esset eius ferme rei causa comparatum. Vgl. hierzu Hertz, A. Gellii, quae ad ius pertinent etc. Bresl. 1868. Mommsen, ad capita duo Gelliana. Berl. 1863. Ersterer liest: non quae esui et potui forent — — quod esset non eius ferme — —; Letzterer: quod esset eius familiae causa.

Zubereitungsmaterial sind. Dem tritt nun entgegen Qu. Mucius Scaev. 2 Jur. Civ., indem er die Penus beschränkt auf den für eine längere Zeitperiode berechneten und zur Versorgung des Hausstandes bestimmten Vorrath an Eßwaaren und Getränken [420]. Dagegen Serv. Sulpic. in seinen reprehensa Scaevolae capita greift wieder auf die Begriffsbestimmung des Aelius zurück, indem er auch unguentum, ja sogar chartae epistolares zur penus rechnete [421]. Allein Aul. Ofilius 16 Action. tritt nach Ulp. cit. (D. cit. § 9. 5. 8) wiederum dem Scaevola bei: er scheidet daher ebenso thus und cerae, wie molae, ligna, carbones ceteraque per quae penus conficeretur von der penus aus, rechnet dagegen ganz consequent den Weinessig dazu, insoweit solcher zum Genuß und nicht etwa zum Auslöschen des Feuers bestimmt ist; allein darin geht er wieder weit über Scaevola hinaus, daß er nicht bloß die zur Nahrung des Menschen dienlichen Victualien, sondern auch das Futter der zum persönlichen Dienst des Besitzers bestimmten Zug-, Reit- oder Pack-Thiere der penus zurechnete. C. Trebatius Testa, wie Labeo traten ebenfalls dem Scaevola bei: Ersterer zählt nach Dig. cit. § 2 den Honig, Letzterer nach Dig. cit. § 3 überdem auch die lacerta (ein Seefisch) um der zur Penus gehörigen Salzlake willen, mit welcher der Fisch genossen wird, zur Penus. Allein bei Labeo und wie es scheint bereits bei·

---

420) Bei Gell. IV, 1, 17: penus est, quod esculentum, aut poculentum est: quod ipsius patrisfamilias aut liberum patrisfamilias aut familiae eius, quae circa eum aut liberos eius est (fast übereinstimmend im Ausdrucke ist: Sab. ad Vitell. in Dig. XXXIII, 9, 3. pr.) et opus non facit, causa paratum est, penus videri debet; nam quae ad edendum bibendumque in dies singulos prandii aut cenae causa parantur, penus non sunt, sed ea potius, quae huiusque generis longae usionis gratia contrahuntur et reconduntur, ex eo, quod non in promptu sint, sed intus et penitus habeantur, „penus" dicta sunt; sowie bei Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3. pr. § 6 und 9), woselbst in § 6 die Interpretation des qui opus non facit gegeben ist. — Hierauf geht wohl zurück Cic. de N. D. II, 27, 68: penus est omne, quo vescuntur homines. — Ganz unnöthige Emendationen zu Gell. bietet Mommsen in A. 419.

421) Gell. IV, 1, 20. Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3. § 10); nach Ulp. cit. (D. cit. § 6) berichtigt er überdem den Mucius dahin, daß auch die für die textores und textrices bestimmten Victualien zum penus gehörten.

Trebatius tritt nun neben die penus auch die Erörterung des Ausdruckes penus esculenta: und hier nun entscheidet Labeo nach Dig. cit. § 2, daß die Letztere ausschließlich die Speisevorräthe selbst (quae esse solemus), nicht aber auch die Speise-Zuthaten (per quae esse solemus) umfasse, somit also nicht Oel, Fischbrühe, Salzlake, Honig und dergleichen. Sodann Masur. Sabin. 2 Jur. Civ. und ad Vitell. adoptirt nach Gell. IV, 1, 22. Ulp. cit. (D. cit pr.) und Paul. 4 ad Sab. (D. cit. 4) vollständig die Ansicht des Ofilius: nur Victualien zur Versorgung des eigenen Hausstandes bestimmt, hier aber die Nahrung ebenso der Familie, als auch der zum Gebrauche des Herren dienenden Thiere unterfallen der penus, nicht aber was zum Verkaufe bestimmt ist und ebenso wenig das zur Zubereitung erforderliche Material, wie ligna, virgae und carbones. Eine neue Phase der Behandlung des Stoffes wird nunmehr durch Procul. markirt: er sowohl, wie Ulpian 24 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3. § 2. 3) geben ihre Wesenbestimmungen unter dem ausdrücklichen Vorbehalte: nisi contraria mens testatoris appareat (§ 23 a. E.) und gleichen stillschweigenden Vorbehalt haben wir auch bei allen Späteren vorauszusetzen. Im Besonderen aber zählt Procul. nach Dig. cit. § 2 zur penus esculenta auch die Zuthaten zur Speise. Anderntheils wird von C. Cassius Longinus nach Paul. 4 ad Sab. (D. cit. 5. pr.) das Wesen der penus nach dem Ernährungszwecke bestimmt, daher die Arzneimittel ausgeschlossen werden. Sext. Caecilius sodann trat nach Dig. cit. § 9 der Ansicht des Aelius und Rutilius bei und ebenso Salvius Aristo nach Dig. cit. § 1. 11, der überdem noch diejenigen Gefäße der Vorrathskammer beifügte, worin die zur penus gehörigen Vorräthe aufbewahrt wurden [422].

Auf solche Methode rechtswissenschaftlicher Behandlung war aber die Jurisprudenz der gegenwärtigen Periode den das Privatrecht betreffenden Gesetzen gegenüber angewiesen: der

---

422) Weitere Bestimmungen s. bei Scaev. 3 Resp. (D. XXXIII, 9, 7), Ulp. 24 (nicht 22) ad Sab. (D. cit. 3), Paul. 4 ad Sab. (D. cit. 4—6), Marcian. 3 Reg. (D. cit. 2), Serv. in Aen. I, 703. II, 508. III, 12. Non. Marc. s. v. p. 51. 219. Paul. Diac. s. v. p. 20.

rigor beschränkte, wie bemerkt, dieselbe auf die Darlegung des Wortsinnes an sich der in den leges gebrauchten Ausdrücke und gestattete daneben nur noch, durch casuistische Aufzählung der dem Gesetzesworte unterfallenden thatbeständlichen Verhältnisse und Beziehungen das Lehrmaterial zu vermehren. Hierin aber lag eine äußerst beengende Fessel, welche jede Entwicklung und Fortbildung des Rechtes durch die Wissenschaft ausschloß, ja jede Selbstständigkeit und Freiheit der wissenschaftlichen Thätigkeit unterdrückte; und dieses Hemmniß mußte nun in der gegenwärtigen Periode um so drückender empfunden werden, als außerhalb der Sphäre des ius scriptum und namentlich in dem ius gentium die Rechtswissenschaft unendlich freier sich bewegte und selbstständiger gestaltend eingriff. Jene Beschränkung der Rechtswissenschaft aber einerseits, die Stellung des Lebens und Verkehres sodann gegenüber dem gegebenen Rechte andererseits, welches als beengend und drückend von der freier entwickelten Nationalanschauung, wie von dem reicher entfalteten und schneller pulsirenden Leben empfunden wurde (Thl. II § 75. 81), wie endlich nun der Trieb der Rechtswissenschaft selbst nach freierer Bewegung und höherer Leistung in Behandlung des Rechtes — alle diese Momente riefen ein Verfahren hervor, bei welchem die Rechtswissenschaft eine ganz andere Stellung und Wirksamkeit sich erringt, die Interpretation aber, jene Schranken durchbrechend, eine neue Bedeutung gewinnt und so auch in dieser neuen Stellung unter der technischen Benennung Interpretatio in den Quellen besonders gewürdigt und anerkannt wird.

Der Weg aber, den man hierbei einschlug, war der in der römischen Staats- und Rechts-Entwicklung mehrfach betretene: man respectirte der Form und Theorie nach das Gegebene an Satzung oder Institution, entkräftete aber dasselbe der Sache nach und auf Umwegen. Und so nun erkannte man auch dort die Geltung des rigor und dessen Gesetze der Theorie nach zwar an: man behielt äußerlich die Richtung und Methode der Rechts-Auslegung bei, nach wie vor mit der lexicalischen und grammatischen Deduction verfahrend [423]; allein in dem sicheren

423) Vollständig verkannt ist die Methode der Interpretatio von Puchta, Inst. § 78: „die Schranke der Interpretation bildete nicht das Wort, und

Gefühle, die Stimme des Zeitgeistes hinter sich zu haben, bewegte man sich bei solcher Operation in der ungebundensten und freiesten Weise, ja mit offener Willkür, indem man nicht nach den lexicalischen und grammatischen Gesetzen der Sprache, als vielmehr nach dem Gesichtspunkte der sachlichen Angemessenheit, der Anforderungen des Zeitgeistes, der Bedürfnisse des Lebensverkehres verfuhr und so nun ebenso wohl den Worten des Gesetzes einen Sinn aufnöthigte, den dieselben effectiv nicht hatten, als auch den wirklich gegebenen Wortsinn dem gesetzgeberischen Ausdrucke absprach und abschnitt. Auf diese Weise aber und vorgeblich auf der Basis der definitio, des ambiguum oder contrarium operirend, gelangte man doch in Wirklichkeit dahin, ebenso wohl die gegebene Lücke im Rechte zu ergänzen, als auch die dem Zeitgeiste widerstrebende Rechtssatzung auszuscheiden oder den Anforderungen der Zeit entsprechend umzumodeln, und so nun die interpretatio aus einer wissenschaftlichen oder judiciellen Rechtsauslegung in eine wissenschaftliche Rechtsbildung umzuwandeln. Und dies nun ist die Interpretatio in jenem historisch-technischen Sinne dieser Periode [424]), als die wissenschaftliche Ableitung, Entwicklung und Darlegung ganz neuer Rechtssätze aus dem im ius scriptum gegebenen Worte heraus, ein Verfahren, welches somit zum Organe der Rechtsbildung sich erhebt und eine eigene Rechtsgruppe: das ius civile im engeren Sinne [425]) schafft:

Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 38): extat illius (sc. Sext. Aelii) liber, qui inscribitur Tripertita; — — Triper-

---

was der Gesetzgeber damals schon wirklich im Auge hatte, wohl aber der Geist des Gesetzes; was nur wenigstens als eine Entfaltung dieses Geistes, als potentieller, keimartiger Inhalt des Gesetzes anzusehen war, das fiel noch unter den Begriff seiner Interpretatio." Dies ist so ungefähr wahr bezüglich der Kaiserzeit, total unrichtig aber für die Republik.

424) Cic. de Inv. II, 44, 127: iudicem legi parere, non interpretari legem oportere; Ped. bei Ulp. 1 ad Ed. Aed. cur. (D. I, 3, 13); Jul. 90 Dig. (D. I, 3, 11); Pomp. 5 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 120), Ench. (D. I, 2, 2. § 4. 5); Gai. I, 165; Pap. 1 Def. (D. II, 15, 5), Ulp. 12 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 1. § 6), 24 ad Ed. (D. XXV, 4, 1. § 11), Paul. 4 ad Plaut. (D. I, 3, 23), 21 Quaest. (D. XLIX, 14, 40. pr.), J. Just. IV, 3, 10.

425) Vgl. Schilling, Inst. § 9. Zus. 4.

tita autem dicitur, quoniam lege XII tab. praeposita iungitur interpretatio, dein subtexitur legis actio; (§ 12): ius civile, quod sine scripto in sola prudentum interpretatione consistit;

Boeth. in Cic. Top. p. 321 Or.: iurisperitorum auctoritas est eorum, qui ex XII tabulis vel ex edicto magistratuum ius civile interpretati sunt.

Das Verfahren selbst aber dieser Interpretatio wird trefflich characterisirt durch

Cic. p. Mur. 12, 27: cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta et depravata sunt: mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt, hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur; sacra interire illi noluerunt, horum ingenio senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt;

Jul. 86 Dig. (D. IX, 2, 51. § 2): multa — iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest.

Zur Veranschaulichung aber jenes Verfahrens der Interpretatio mögen folgende Beispiele dienen:

1. Nachdem die Interpretatio zwischen 419 und 426 das expensum ferre dem stipulari beigeordnet und so der a. certae creditae pecuniae theilhaft gemacht hatte (Thl. II 246), wiederholt sich diese Operation um die Mitte des 6. Jahrh., indem man auch das mutuo dare dem stipulari gleichstellt (Beil. XXI § XXIV).

2. Die condictio indebiti ward kurz nach 688 von der Interpretatio als Klage constituirt vermittelst der Construction als quasi mutui datio[426]:

Gai. 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5. § 3): qui non debitum acceperit per errorem solventis, obligatur — quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus; vgl. J. Just. III, 27, 6.

---

426) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 40.

Gai. III, 91: qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest „Si paret eum dare oportere", ac si mutuum accepisset.

3. Hinsichtlich der Usucapion von Immobilien berichtet

Cic. p. Caec. 19, 54: lex (sc. XII tab.) usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium: at utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur; und ähnlich Top. 4, 23.

4. Der Bestand der Clientel zur Zeit der XII Tafeln ließ eine Vorschrift bezüglich der Tutel der Patrone wie über die Clienten im Allgemeinen, so über die Liberti insbesondere als überflüssig erscheinen; nach Untergang der alten Clientel aber deducirte man aus dem Erbrecht des Patrons gegen den Libertus die Tutel des Ersteren über die Descendenz des Letzteren:

Gai. I, 165: quae (sc. patronorum) et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim ea lege (sc. XII tab.) de hac tutela cavetur, set quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset: eo enim ipso, quo hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, cum et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat[427]); vgl. Ulp. 38 ad Sab. (D. XXVI, 4, 3. pr.), fr. XI, 3.

5. Die XII Tafeln schrieben vor: cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto, und beriefen damit die Agnaten schlechthin ohne Unterschied ebenso der Gradesnähe, wie des Geschlechts[428]) zur Succession. Die in dem gegen-

427) Diese „consequentia" spricht aus Qu. Muc. Ὅρων (D. L, 17, 73. pr.): quo tutela redit, eo hereditas pervenit, nisi quum feminae heredes intercedunt. Vgl. im Uebrigen Dirksen, XII Taf. 383.

428) Dies erkennen in letzterer Beziehung an Paul. Sent. rec. IV, 8, 22. Justin. im Cod. VI, 58, 14. pr. 15. pr. und ergeben die XII Taf. selbst, so z. B. si furiosus escit, cui suus heres nec escit, und dergl.; Weiteres bei A. 168. Dagegen wiederum bei A. 121.

wärtigen Zeitraume hervortretende Tendenz aber, das Familiengut der Familie zu erhalten, veranlaßte unter Anderem die Interpretatio, einestheils durch eine nicht mehr erkennbare Manipulation innerhalb der Agnaten die consanguinei als eine eigene, mit prärogativem Erbrechte ausgestattete Gruppe abzuscheiden und so eine ganz neue Erben-Classe zu statuiren[429]; sodann aber auch im Wege der definitio den Ausdruck adgnatus nur auf Agnaten männlichen Geschlechtes zu beschränken (A. 120), wie endlich wiederum den consanguineae in der Classe der consanguinei ein Erbrecht zu belassen[430].

6. Die lex Aquilia lautete in c. 1: qui — — occiderit, quanti in eo anno plurimi ea res fuerit, tantum aes hero dare damnas esto[431]) und in c. 3: si quis — — ruperit iniuria, quanti in diebus XXX proxumis ea res fuerit, tantum aes hero dare damnas esto[432]) und stellte damit die Entschädigungspflicht des Delinquenten auf das quanti res est, somit auf den Sachwerth oder Schaden. Die Interpretatio dagegen substituirte dem das quanti interest, somit das Interesse:

J. Inst. IV, 3, 10: illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum peremti corporis aestimationem habendam esse, sed eo amplius quidquid praeterea, peremto eo corpore, damni vobis allatum fuerit[433].

7. Die lex Aquilia lautete in c. 3: si quis — ruperit iniuria (A. 432). Dieser Ausdruck rumpere ward nun von

429) Ulp. fr. XXVI, 1 und in Collat. XVI, 4, 1. Paul. Sent. rec. IV, 8, 3.

430) Gai. III, 14. Ulp. fr. XXVI, 1. 6. Paul. Sent. rec. IV, 8, 16. 22. Justin. im Cod. VI, 58, 14. pr., Inst. III, 2, 3.

431) Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 2, 2 pr.), Inst. III, 210. 214. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2. 11. § 6. fr. 21. pr. fr. 23. § 3), Theoph. Par. IV, 3. pr. § 1. 2. 9.

432) Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 5. 13. fr. 29. § 8), Gai. III, 217. 218. Theoph. Par. IV, 3, 13. 15.

433) Vgl. Gai. III, 212. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. § 2) u. A. m. vgl. auch Savigny, Syst. Beil. XII. § II. Pernice, Sachbeschädigung 240.

der Interpretatio in der freiesten Weise gedehnt[434]), was Ulp. 18 ad Ed. (Coll. II, 4) dahin recapitulirt:

Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneravit, vel virgis vel loris vel pugnis cecidit, vel telo vel cum aliovis genere sciderit hominis corpus vel tumorem fecerit;

im Einzelnen aber bieten Belege

Brutus bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 22): si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Aquilia teneri quasi de rupto;

Qu. Muc. bei Pomp. 17 ad Qu. Muc. (D. IX, 2, 39. pr.): equa, cum in alieno pasceretur, in cogendo, quod praegnans erat, eiecit. Quaerebatur dominus eius possetne cum eo, qui coëgisset, lege Aquilia agere, quia equam in eiiciendo ruperat?

Vivianus bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 24): si navem venaliciarum mercium perforasset, Aquiliae actionem esse quasi ruperit;

Ulp. 38 ad Ed. (D. XLVII, 7, 7. § 2. 3): si quis radicitus arborem evelleret vel exstirpaverit, — — Aquilia tenetur quasi ruperit; 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 18): si quis vestimenta sciderit vel inquinaverit, Aquilia quasi ruperit tenetur; 19 ad Ed. (D. X, 2, 16. § 5): si — — rationes hereditarias deleverit vel interleverit, teneri — lege Aquilia quasi corruperit.

8. Gleiches Verfahren der Interpretatio ist in Beilage XXI § XIII unter B auch bezüglich der Worte emere und vendere nachgewiesen worden.

9. Aus der cautio rei uxoriae und deren Formel leitete die Interpretatio das ipso iure geltende Dotalrecht und die dafür geltende a. rei uxoriae nebst deren Formel her (Beil. XX § IV).

10. Nicht minder gehört hierher die durch die Spruchpraxis des Centumviralgerichtshofes geschaffene Einschränkung der Testir-

434) Vgl. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 13): „Rupisse" verbum fere omnes veteres sic intellexerunt: corruperit. Vgl. Ulp. cit. (D. cit. 27. § 14—16 fr. 29. § 5) und die das. Citirten.

freiheit[435]) und zwar zunächst in Folge der querela inofficiosi, einer hereditatis petitio, bei welcher die hereditas ab intestato gefordert wird gegenüber einem Testamente, welches, weil es als quasi furiosi gilt, ungültig ist:

Marcell. 3 Dig. (D. V, 2, 5): res illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, quum testamentum inique ordinaret;

Marcian. 4 Inst. (D. V, 2, 2): hoc colore de inofficioso testamento agitur quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; vgl. Paul. 2 Quaest (D. V, 2, 19), J. Inst. II, 18 pr.

11. Endlich die a. de glande legenda der XII Taf. ward zuwider dem sprachlichen Sinne des Wortes glans durch die Interpretatio auf jede genießbare Baumfrucht extendirt: Gai. 4 ad l. XII tab. (D. L, 16, 236. § 1), und in ähnlicher Weise

12. auch für das Wort alienare in gewissen juristischen Beziehungen desselben ein Begriff festgestellt, der über dessen allgemein sprachliche Bedeutung weit hinausgreift (Beil. XXI § XIII unter B).

Dabei wird die eigenthümliche Richtung und Bewegung, welche bei jenen ihren Operationen die Interpretatio einschlug, gekennzeichnet durch das dabei so häufig verwendete typische quasi[436]), indem hierdurch das Product solcher Operation in

---

435) Pomp. 5 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 120): verbis leg. XII tab. — — latissima potestas tributa videtur — heredis instituendi — —; sed id interpretatione coangustatum est auctoritate iura constituentium. Eine zweite, der Spruchpraxis des Centumviralgerichtshofes angehörige erbrechtliche Frage, ob dem Elternmörder ebenfalls als quasi furiosus die Errichtung eines gültigen Testamentes abzusprechen sei, lag dem Processe über den Nachlaß des Malleolus zu Grunde, worüber s. A. 461.

436) So bei Brut. und Vivian. in Ulp. 18 ad Ed. (unter 7), Marcell. 3 Dig. (unter 10), Gai. 3 Aur. (unter 2), Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 18. 20), 38 ad Ed. (D. XLVII, 7, 7. § 2. 3), Paul. 2 Quaest. (unter 10), Marcian. 4 Inst. (unter 10), Inst. II, 18, pr.; und so nun auch noch in der spätern Jurisprudenz, wie z. B. quasi possessio, quasi usus fructus,

eine Parallele mit der honorarischen Fiction gestellt wird. Das so geschaffene neue Recht selbst aber bildete eine umfangreiche Stoffmasse, deren ältestes Material bereits vor den gegenwärtigen Zeitraum zurückdatirt (s. unter 1) und jetzt nun ebenso an Ausdehnung, wie praktischer Bedeutung und theoretischer Selbstständigkeit gewann, wie wir aus den Tripertita des Sex. Aelius entnehmen können, in denen die Interpretatio ein eigenes Buch neben der Lex d. i. dem Zwölftafelrechte mit seinen Fortbildungen und neben den Legis actiones enthielt[437]. Dabei genoß die Interpretatio das Ansehen einer canonischen Auslegung wie Ergänzung des Gesetzesrechtes und erlangte hiermit eine objective Geltung, kraft welcher dieselbe nicht allein gleichwerthig mit dem Gesetze selbst war, sondern auch nach dem Satze: lex posterior derogat priori im Falle des Widerspruches das letztere überwog (so z. B. unter 5). Und dies Verhältniß bekundet sich nun auch darin, daß

a. die Interpretatio als eine selbstständige Rechtsquelle neben dem Gesetze gilt, welches durch sie richtig gestellt wird:

Ulp. 12 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 1. § 6): ex SCto Orphiliano ad matris hereditatem non admittebatur; sed humana interpretatione placuit eum admitti; 24 ad Ed. (D. XXV, 4, 1. § 11): quamvis sit mani-

---

quasi contractus u. dergl. Daneben findet sich jedoch auch die der legislatorischen Fiction eigenthümliche Form-Wendung perinde ac (s. Thl. II A. 827), so bei Gai. I, 165. III, 91. J. Inst. III, 27, 6. — Nur in kürzester und nicht genügend würdigender Weise berührt diese Thatsachen Demelius, Rechtsfiction 76.

437) Während die Lex der Tripertita des Aelius die lex κατ' ἐξοχήν d. h. das Zwölfelrecht mit seinen späteren interpretativen Zusätzen (wie z. B. a. communi dividundo) behandelte, so enthielt dessen Interpretatio das jüngere Recht: der lex Aquilia, die res creditae (Stipulation, Expensilation und mutui datio) und emtio venditio (so z. B. Dig. XIX, 1, 38 § 1). Hierin allenthalben war gegeben die interpretatio in ihrer doppelten Function d. h. ebenso reine Exegese, wie die rechtswissenschaftliche Fortbildung des Rechtes, bei welcher letzteren nun die Casuistik die Hauptrolle spielte und die Berufung auf Autoritäten beliebt war, so auf die Responsen des Tib. Coruncanius, die auf diese Weise nun eine litterarische Existenz gewannen. — Jene Trichotomie des Aelius von Lex, Interpretatio und Legis actiones klingt übrigens noch durch bei Ped. in Ulp. 1 ad Ed. Aed. cur. (D, I, 3, 13): lege — interpretatione — iuris dictione.

festissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius;

Paul. 21 Quaest. (D. XLIX, 14, 40. pr.): non tantum legem circumvenire voluit, sed etiam interpretationem legis, quae — — habetur;

J. Inst. IV, 3, 10: non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit;

b. die Interpretatio, einmal festgestellt und recipirt, über subjectives Besserwissen und wissenschaftliche Controverse zu einem objectiv sicheren Bestande sich erhebt, so daß auch später noch das „hoc iure utimur" oder „iure civili receptum est"[488]) die letzte Raison für die Geltung eines der Interpretatio entstammten Rechtssatzes abgiebt:

Jul. 90 Dig. (D. I, 3, 11): de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est;

Paul. 4 ad Plaut. (D. I, 3, 23): minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt;

c. der durch die Interpretatio festgestellte Rechtssatz häufig in Breviloquenz der dadurch interpretirten lex selbst überwiesen wird, so bezüglich der Usucapion von aedes (unter 3) von Gai. II, 42, bezüglich der tutela patroni (unter 4) von Ulp. 14 ad Sab. (D. XXVI, 4, 1 pr.), bezüglich des Erbrechtes der consanguineae (unter 5) von Ulp. XXVI, 1; sodann in der Bezeichnung der tutela patroni als legitima; nicht minder, wenn in J. Inst. II, 1, 41 der Rechtssatz: venditae et traditae res non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo satisfecerit den XII Taf. beigemessen wird (Beil. XXI A. 78), oder wenn Gai. II, 47 den Letzteren den Satz überweist: mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent (Beil. XXI § XVI).

Total verschieden gestaltet sich dagegen die Stellung der Rechtswissenschaft gegenüber dem privatrechtlichen ius gentium: denn indem dieses von vorn herein der schriftlichen Fixirung entbehrte und allein auf den mores beruhte (Thl. II § 79),

488) Vgl. Schilling, Inst. § 12. Zus. 2.

so fehlte hier mit dem geschriebenem Worte auch der Leiter selbst und der Stützpunkt für den rigor mit seinen beengenden Einflüssen und Anforderungen, daher hier nun die Rechtswissenschaft unendlich freier sich bewegen und selbstständiger gestaltend wirken, namentlich aber auch von der ratiocinatio den umfassendsten Gebrauch machen konnte. Und so bietet sich auch als das anschaulichste Beispiel die ratiocinatio dar, durch welche mit dem Hülfsmittel der similitudo oder Analogie (§ 22) die negotiorum gestio klagbar gemacht und somit zum Quasi-Contracte erhoben wurde:

si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit: debet etiam procurator (Cic. Top. 10, 42).

§ 50.

Die Controverse der ciceronianischen Zeit über die Geltung je von rigor und aequitas.

Bis zu dem Zeitalter Cicero's standen rigor und aequitas innerhalb der Sphäre ihrer zweiten Position in friedlichem und geregeltem Verhältnisse neben einander: Jener den solennen Rechtsact und das privatrechtliche Gesetz, Diese das unsolenne Rechtsgeschäft beherrschend (§ 48), Jener in der Hauptsache das ius civile, Diese im Wesentlichen das ius gentium deckend. Zu Cicero's Zeit verändert sich jedoch fast plötzlich dies Verhältniß: die aequitas greift über in das altangestammte Gebiet des rigor und wird nun hier ohne festes Princip und je nach der individuellen Ansicht der Gelehrten und Richter und in regellosem Schwanken als maaßgebende Potenz bald anerkannt, bald negirt[439]. Und zwar tritt dieser Principienstreit einestheils in der Theorie zu Tage und zwar ebenso in der Rethorik, wo er z. B. bei Cornificius und Cicero einen breiten Raum einnimmt, als auch in der Jurisprudenz, deren Träger er in zwei entgegenstehende Gruppen spaltet[440]; und anderntheils

---

439) So z. B. Cic. Brut. 39, 145: ita — causa illa dicta est, cum uterque ex contraria parte (sc. et iustitiae et aequitatis) ius civile defenderet.

440) Cic. p. Mur. 11, 25: res (sc. iuris scientiae) sunt — —

greift er auch in die Praxis über, hier ebenso die Plädoyers der Oratoren bestimmend, als auch die disputatio fori bewegend[441]); ja selbst für die oratorische Erudition der vornehmen Jugend lieferte er die beliebtesten Themata, an denen die Schüler gebildet und geübt wurden[442]), damit in Fleisch und Blut der erwachsenden Generation eindringend.

Hervorgerufen ward jener Principienstreit durch das Eindringen der griechischen Rhetorik in Rom. Denn bereits längere Zeit vor dem hier fraglichen Zeitpunkte hatte die griechische Philosophie eine Theorie der Rhetorik ausgebildet, welche auch die hier maaßgebenden Principsätze der römischen aequitas in ihr System einordnete und zu umfassender Anwendung im Rechte begründete, während die praktische Pflege der Dialektik und Rhetorik jenes System in das Leben einführte und eine wohlgeschulte Routine schuf. Und so nun trat auch zu Rom jene Rhetorik ebenso als wohlgegliedertes und durchgebildetes wissenschaftliches System, wie als routinirte Kunstfertigkeit und Schule hervor. Und zwar ward diese praktische Behandlung der Rhetorik durch großgriechische und lateinische Rhetoren nach Rom übertragen, deren Wirken hierselbst durch die betreffenden Ausweisungsdecrete v. J. 593 und 662 markirt wird, wogegen die römische Theorie mit M. Antonius Orator († 667) beginnt, in dessen Rhetorik wir bereits die sämmtlichen Interpretationsfälle und insbesondere auch die der aequitas eigenthümlichen von scriptum et voluntas und ratiocinatio vorfinden (Beil. XVII § I. II).

Betrachten wir zuvörderst nun die Stellung, welche die römische Theorie jenem Principienstreite gegenüber einnimmt, so hat zunächst die Rhetorik sich begnügt, unter Darlegung des Gegensatzes an sich der Principsätze in durchaus objectiver Haltung die Argumente und Deductionen zu registriren, die nach beiden Richtungen hin dem prüfenden Blicke sich darboten

---

proprie in — — interpretationibus verborum occupatae; das Nähere s. § 51.

441) Cic. p. Caec. 23, 65. s. Thl. I, 47.

442) Cic. de Orat. I, 57, 245: in hoc genere pueri apud magistros exercentur omnes, cum in eiusmodi causis alias scriptum, alias aequitatem defendere docentur.

und etwa in der Gerichts- oder Schulpraxis ins Feld geführt wurden, ohne im Uebrigen über die höhere und innere Berechtigung des einen der beiden Principien eine endgültige Entscheidung zu wagen oder auch nur für sich in Anspruch zu nehmen. Und darin nun liegt die große Verschiedenheit zwischen der griechischen und der römischen Rhetorik dieser Periode, daß, während die Griechen durchgehends dem Principe der voluntas die maaßgebende Stellung einräumen, die römischen Rhetoren im Allgemeinen die beiden Principien von verbum und voluntas gleichmäßig einander gegenüberstellen, im Besonderen aber je nach den verschiedenen Interpretationsfällen auch wiederum bald nur das eine, bald nur das andere Princip als das maaßgebende hinstellen. Und zwar tritt bei Cornificius und Cicero das Sachverhältniß uns entgegen, daß bei scriptum et voluntas von Beiden, und bei ratiocinatio von Cicero beide Principien einander ganz gleichmäßig gegenübergestellt werden, während von Cornificius bei der ratiocinatio der Principienstreit ganz übergangen und lediglich die Anwendung der aequitas auf diesen Interpretationsfall exemplarisch veranschaulicht wird. Dahingegen bei der definitio wird von Cornificius und Cicero das Princip des verbum allein als maaßgebend hingestellt, während wiederum bei der ambiguitas der Gegensatz an sich der Principien ganz übergangen, im Uebrigen jedoch auf das Princip der voluntas allein, auch dies aber nur nebenbei, hingedeutet wird. Endlich bei den contrariae leges gelangt der Gegensatz der Principien nur theilweis und in verschiedener Weise zur Geltung und zwar bei Cornificius und Cicero de Inv. II, 49, 147 in der Weise, daß lediglich das Princip der voluntas erwähnt wird, auch dies jedoch nur nebenbei, wie lediglich in Bezug auf eine der beiden widerstreitenden Dispositionen, wogegen bei Cic. Part. Or. 39, 138 beide Principien zusammen und neben einander empfohlen werden und zwar für je eine der beiden widerstreitenden Dispositionen je eines der beiden Principien (§ 9—12. 21—25. Beil. XVII § IV—VIII).

Diese eigenthümliche Haltung der römischen Rhetorik erklärt sich nun allerdings ebenso aus den widerstreitenden Einwirkungen einerseits der rhetorischen Theorie der Griechen und andrerseits der altüberlieferten römisch juristischen Doctrin, als auch aus

dem Streben der römischen Rhetorik, jenen beiden entgegenstehenden Anschauungen Rechnung zu tragen; denn sicher ist auf den Einfluß der griechischen Rhetorik die Theorie von Cornificius und Cicero über die ambiguitas und (bei Cic. de Inv.) über die leges contrariae, wie bei Cornificius insbesondere über die ratiocinatio zurückzuführen, während die altrömische Auffassung in der Theorie der definitio bei Cornificius, wie bei Cicero zur Geltung kommt, und wiederum auf der Berücksichtigung der entgegenstehenden Auffassung die Theorie von Cornificius und Cicero über das scriptum et voluntas, sowie bei Cicero insbesondere über die ratiocinatio und (in Part. Or.) über die contrariae leges beruht. Allein immerhin läßt diese Behandlung des Principienstreites erkennen, daß die römische Rhetorik durch den sich darbietenden Gegensatz von zwei diametral entgegenstehenden Anschauungen und Principien verwirrt und der Sicherheit der Haltung, wie des Urtheiles beraubt wurde, ja daß dieselbe durchgehends höhere speculative oder historische Gesichtspunkte nicht zu gewinnen vermochte, von denen aus durchschlagende Gründe für die Prävalenz je des einen der beiden Principien sich geben ließen, so daß somit jene Theorie zur vollen und geistigen Herrschaft über ihren Lehrstoff sich nicht erhob.

In dieser Verlegenheit vermochte aber auch die Jurisprudenz nicht eine Lösung des Conflictes zu vermitteln; denn wenn auch deren Vertreter ganz unmittelbar an dem Principienstreite sich betheiligten und gleich als Lehrsatz die Geltung je des einen oder anderen Princips in abstracto vertraten, so war doch die Jurisprudenz dieser Periode zu sehr in ihrer exegetischen, casuistischen und traditionell interpretativen Methode befangen (§ 49), um auf doctrinellem und systematischem Wege eine Lösung des Streites vermitteln zu können, so daß lediglich in Responsen und Plädoyers, wie in casuistischen Erörterungen jener Streit zur Erörterung kam (§ 51).

So nun tritt die nothwendige Folge dieser Zustände auf das Treueste und Deutlichste in den Quellen zu Tage: ein unvermittelter, ungeregelter Gegensatz der widerspechenden Lehrmeinungen, in welchem es ebenso an der speculativen Deduction, wie an der historischen Argumentation mangelt, und dieser

Mangel nun ersetzt werden soll bald durch die Berufung auf Autoritäten und Präjudicien[443]), bald durch die petitio principii, bald durch Spott und Schmähung[444]), bald aber auch durch die Berufung auf die vulgäre aequitas oder auf die utilitas oder auch auf die boni mores[445]), da doch der Autorität die andere Autorität entgegentrat, die petitio principii nach beiden Seiten hin zu Gebote stand, die Schmähung auch von dem Gegner verwendet wurde[446]), die aequitas und utilitas so häufig sich widerstritten[447]) und die boni mores so für das eine, wie für das andere Princip je nach Verschiedenheit des Falles sprachen.

So daher konnte eben nur die individuelle Ansicht des Richters, dessen subjectives Meinen in Sachen der Billigkeit oder dessen Abhängigkeit von fremder Autorität im concreten Falle die Entscheidung bestimmen[448]), daher auch Cicero im

443) Auct. ad Her. II, 9, 13. 10, 14. de Orat. I, 39, 180. 57, 243 fg. Brut. 52, 159 fg. p. Balb. 19, 45 fg. p. Caec. 18, 53. 19, 54. 23, 65. 24, 66. 27—28.

444) So indem man das Princip des rigor an sich und in seiner Anwendung im Allgemeinen als eine captio (A. 392) bezeichnete: Cic. Brut. 53, 198. p. Caec. 14, 40. (s. § 21 unter 3), oder auch als eine calumnia qualificirte, so Cic. p. Caec. 23, 65: tum ad istam orationem (sc. qua dicunt iuris consultorum auctoritati obtemperari non oportere) decurrunt, cum se in causa putant habere aequum et bonum, quod defendant; — — tum illud, quod dicitur „Sive, nive" irrident, tum aucupia verborum et litterarum tendiculas in invidiam vocant; tum vociferantur ex aequo et bono, non ex callido versutoque iure rem iudicari oportere, scriptum sequi calumniatoris esse, boni iudicis voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere; u. A. m. (s. A. 162); vgl. auch Cic. p. Mur. 11, 25. fg., sowie A. 474a.

445) Daher empfiehlt Cic. Part. Or. 29, 101. den Oratoren die aequitas opponenda als besonderen defensionis status an; vgl. de Inv. II, 46, 136. Im Uebrigen s. § 9. 21. 24. vgl. Beil. XVII § V unter b. § VI unter bb. § VII unter a. § VIII unter a.

446) Qu. Muc. bei Cic. Brut. 52, 196: quam captiosum esset populo, quod scriptum esset, neglegi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervortere; Cic. de Inv. II, 45, 134. s. § 9 unter 4.

447) Cic. de Off. III, 22, 80: male etiam Curio, cum causam Transpadanorum aequam esse dicebat, semper autem addebat: „Vincat utilitas."

448) Cic. p. Caec. 28, 80 sagt: semper — id (sc. vel verbum et scriptum

Processe des Caecina (27, 77) die Principfrage selbst als eine noch ungelöste dem Richter vorlegt:

iuris rem et sententiam et aequitatem plurimum valere oportere, libidinis verbo ac littera ius omne torqueri, vos statuite, recuperatores, utrum utilius esse videatur!

Und indem nun so das Leben und der Geschäftsverkehr beim Streitfalle dem unberechenbaren Zufalle Preis gegeben und auf ein reines Glücksspiel hingewiesen waren, sobald der Proceß das Gebiet des Principienstreites berührte oder auf solchen sich hinüberspielen ließ [449]), so wendete sich nun in solcher Noth und Verlegenheit der Lebensverkehr an die Juristen mit der Consultation, ob im betreffenden Falle die aequitatis oder verbi ratio maaßgebend sei [450]). Allein die Jurisprudenz dieser Zeit war, wie bemerkt, noch zu weit von einer communis opinio virorum doctorum entfernt, die erforderlich war, um der Stimme Jener das erforderliche Gewicht zu verleihen und die ausreichende Autorität, selbsteigen den Principienstreit in abstracto und endgültig zu entscheiden, indem nicht allein in dem Kreise der juristischen Autoritäten die beiden entgegenstehenden Principien Vertretung fanden (§ 51), sondern auch bei den Vertretern der aequitas der Mangel einer consequenten Durchführung dieses Principes und somit ein Schwanken und eine Unsicherheit sich kund giebt [451]), welche durch die Neuheit der Anwendung dieses Principes im römischen Rechtsverkehre, wie durch den Einfluß der Schriften älterer, den rigor vertretender Juristen herbeigeführt ward.

Wohl aber weisen in der That einzelne significante Spuren darauf hin, daß bereits jetzt die Volksanschauung dem Principe

---

vel aequi bonique rationem) valuisse plurimum, quod in se auctoritatis habuisset aequitatisque (im vulgären Sinne) plurimum.

449) Nach Cic. de Orat. I, 38, 173 ist in allen Processen die Streitfrage entweder de facto (Thatfrage) oder de aequitate ac iure (Rechtsfrage); und so nun auch Latro nach Sen. Contr. I, 1, 13: Latro duas quaestiones fecit: divisit in ius et aequitatem: an abiudicari possit, an debeat abiudicari.

450) Cic. p. Caec. 23, 65. 24, 66. 28, 79. 80.

451) So bei Serv. Sulpic. (s. A. 455) in Lab. 2 Post. (D. XXXIII, 4, 6. pr.) s. A. 174c; Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 1) und Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 122) s. § 23. Vgl. auch A. 641.

der aequitas sich zuwendete uud dieses als das billige und billigenswerthere auffaßte: denn significant ist vor Allem die bereits jetzt allgemein adoptirte Bezeichnung der voluntatis ratio als aequitas (Thl. I § 8), worin deren Uebereinstimmung mit der vulgären aequitas oder Billigkeit und den entsprechenden Anschauungen des Volksgeistes auf das Deutlichste bekundet wird (Thl. I § 6); und sodann trifft der Vorwurf der calumnia, mit welchem man in diesem Principienstreite operirte (A. 444), vornämlich das Princip des rigor (A. 474[a]).

§ 51.

Fortsetzung.

(Die Controverse über die Geltung je von rigor und aequitas in der Praxis).

In § 50 legten wir dar, wie wenig ebenso die Rhetorik, als auch die Jurisprudenz dieser Periode die Aufgabe lösten, auf theoretischem Wege und durch eine durchschlagende, sei es speculative, sei es praktische Beweisführung eine Entscheidung des obschwebenden Principienstreites zu Gunsten je des einen der beiden Principien herbeizuführen. So daher wäre eine Lösung des Conflictes Seitens der Wissenschaft nur möglich gewesen durch das Gewicht der persönlichen Meinung der Vertreter und Spitzen der Wissenschaft, in der Weise, daß dieselben durch ihre maaßgebende Autorität dem von ihnen vertretenen Principe den Sieg in der Praxis verschafft hätten.

Hierfür waren nun allerdings ungeeignet die Oratoren: denn die Stellung des Orator als Parteianwalt bedingte, daß derselbe für das je den Interessen seiner Partei dienliche Princip die maaßgebende Geltung in Anspruch nahm, und demgemäß finden wir denn in der That, wie der nämliche Orator in dem einen Processe für die iustitia, und in dem anderem wieder für die aequitas als Vorkämpfer eintritt, so indem L. Licinius Crassus in dem Processe des Orata wider den Gratidianus die iustitia, dagegen in der causa Curiana die aequitas vertritt[451a]), und gleichermaaßen Cicero in dem unten zu be-

---

451a) Thl. I § 10 und in letzterer Beziehung insbesondere Cic. Brut. 38, 143. 39, 144.

sprechenden Processe des Oppianicus wider den Cluentius auf die iustitia, dagegen in dem Processe des Tullius wider den Fabius auf die aequitas sich stützt (Thl. I § 10), ja in dem Processe des Caecina wider den Aebutius zugleich ebenso der iustitia, wie der aequitas sich bedient[452].

Wohl aber lag es in der Hand der Juristen, durch eine communis opinio jene Controverse zu erledigen und dem einem Principe die unbestreitbare Geltung zu erringen. Allein auch in diesen Kreisen begegnen wir an Stelle der Uebereinstimmung einem Zwiespalte, der die Wortführer der Wissenschaft in zwei oppositionelle Gruppen scheidet. Denn so treten in den Quellen hervor als Vertreter der iustitia P. Mucius Scaevola Pont. und dessen Sohn, der Qu. Mucius Pont.[453], dagegen als Vertreter der aequitas Qu. Mucius Scaevola augur, Ser. Sulpicius Galba[454], C. Aquilius Gallus, C. Trebatius Testa und Ser.

---

452) Thl. I § 11: der iustitia bezüglich der Clausel unde deiectus est, der aequitas bezüglich des Wortes deiicere. Ebenso steht auf dem Standpunkte der aequitas die Bemerkung in p. Flacc. 39, 98: semper graves et sapientes iudices in rebus iudicandis, quid utilitas civitatis, quid communis salus, quid rei publicae tempora poscerent, cogitaverunt.

453) P. Mucius: Cic. de Orat. I, 57, 244: ipse ille Mucius (sc. Qu.) paterni iuris defensor et quasi patrimonii propugnator sui; Brut. 52, 197. vgl. de Orat. I, 56, 240. — Qu. Mucius: Cic. de Orat. I, 57. cit. Brut. 39, 145. 53, 197. vgl. Cic. p. Caec. 28, 79; a verbo — posse recedi non arbitrabatur und dann das bezügliche Responsum selbst in § 80, wo zwar der Respondent nicht namentlich genannt ist, nach c. 24 aber es keinem Zweifel unterliegen kann, daß Qu. Mucius gemeint ist. Cicero hatte nämlich in der Rechtssache des Cäcina verschiedene Juristen consultirt, welche sämmtlich zu Gunsten desselben respondirt hatten und zwar Scaevola auf Grund des Princips der iustitia, die Uebrigen auf Grund der aequitas; diese Autoritäten hatte nun der Gegner Piso angegriffen: p. Caec. 23, 65 und zwar ebenso die Vertreter der aequitas: 24, 66, als auch den Scaevola, und zwar den Letzten unter Hinweis darauf, daß derselbe auch in der causa Curiana mit seinem Principe der iustitia unterlegen sei: 24, 67. Diesen Theile der Vertheidigungsrede des Piso tritt nun Cic. p. Caec. 23, 65 fg. entgegen; vgl. Thl. I § 11. Vgl. auch Pomp. 9 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 34. § 1) in § 23.

454) Der Erstere ertheilte in der causa Curiana ein responsum secundum aequitatem: Cic. p. Caec. 24, 69. de Orat. I, 57, 242, vom Letzteren wird Gleichartiges berichtet bei Cic. de Orat. I, 56, 240.

Sulpicius Rufus[455]), Qu. Aelius Tubero und Alfenus Varus[456]), denen auch Cicero beizuordnen ist, insofern derselbe in seinen philosophischen Werken als Vertreter der aequitas sich bekennt[456a]).

So nun treten die Folgen dieses Sachverhaltes in der Rechtspraxis dieser Periode auf das offenste zu Tage: zunächst die Richter, als Männer aus dem Volke im Allgemeinen unbefähigt, mit wissenschaftlichen Mitteln selbsteigen jenen Principienstreit zu entscheiden, und anderentheils ebenso von der Theorie im Stiche gelassen (§ 50), wie zwischen dissentirende Autoritäten und Responsen gestellt[457]), vermögen nicht eine constante Spruchpraxis herzustellen und, indem dieselben in den verschiedenen Processen je einem anderem Principe die maaßgebende Geltung zuerkennen, so werden sie selbst zu Organen des Principienstreites und erheben denselben zu praktischem Effect für den bürgerlichen Verkehr. Denn so siegt in dem Processe des Orata wider den Gratidianus die iustitia (Thl. I A. 20), während in der causa Curiana und dem Rechtsstreite des Caecina die aequitas den Sieg davon trägt (Thl. I A. 18. 24).

Den Parteien selbst aber bot in Folge dessen jener Principienstreit die günstigsten Chancen, denselben zu eigenen Gunsten

---

455) Wegen Aquilius: Cic. p. Caec. 27, 77—79. — Wegen Trebatius s. Proc. 2 Epist. (D. XXXIII, 6, 15) und 3 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 6, 16. pr.) in § 21; Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 4. 5) in A. 174c und § 24; Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. § 2) in A. 409a; Venul. 1 Interd. (D. XLIII, 23, 2) in § 22. — Ueber Serv. Sulp., dessen Studienort Rhodus (Cic. Brut. 41, 151) wegen des Einflusses der griechischen Rhetorik beachtlich ist: Cic. Phil. IX, 5, 10 fg., vgl. auch Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2) in § 28 unter c, Pomp. 2 ad Sab. (D. V, 1, 80) in A. 174a, sowie Schneider, de Ser. Sulp. Rufo I, 48. Piderit zu Cic. de Or. p. XXV.

456) Wegen Tubero vgl. Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2. in § 28 unter c) und Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIV, 2, 32. § 1) vgl. auch Lab. 2 Poster. a Jav. epit. (D. XXXII, 1, 29. § 4 in § 24. XXX, 6, 7. XXXV, 2, 40. § 5), P. H. S. Vader, de Q. Ael. Tub. Lugd. Bat. 1824. p. 37 sq. — Wegen Alfen. s. 2 Dig. (D. XXX, 1, 6) in § 22; 4 Dig. (D. XVIII, 1, 40. § 1. 3) in A. 409a und das. (D. X, 4, 19); 5 Dig. (D. XXXV, 1, 27) in A. 174b; 7 Dig. (D. XL, 1, 7).

456a) So de Off. I, 10, 33. III, 17, 68 fg.

457) A. 443 und Cic. de Orat. I, 56, 239 fg. vgl. auch A. 453.

möglichst auszubeuten, daher denn nun in der Gerichtspraxis der gegenwärtigen Periode eine verhältnißmäßig so bedeutende Zahl von Processen überliefert wird, in denen jener Principienstreit zu Tage tritt. Denn so macht sich derselbe geltend bei scriptum et voluntas in der causa Curiana, in dem Processe des Orata wider den Gratidianus, des Tullius wider den Fabius (Thl. I § 10), sowie des Oppianicus wider den Cluentius; bei ambiguitas sodann in dem Processe des Aebutius wider den Caecina hinsichtlich des Wortes deiicere (Thl. I § 11), sowie bei ratiocinatio in dem Processe über den Nachlaß des Malleolus, wie in dem Erbschaftsstreite zwischen den patricischen Claudiern und den claudischen Marcellern.

Und zwar, was zunächst die accusatio de iudicio publico corrupto des Oppianicus wider den Cluentius v. J. 688 betrifft, so stützte sich diese auf die lex Cornelia de sicariis et veneficis v. J. 673, welche in ihrem Abschnitte de iudiciis publicis corruptis nach Cic. p. Cluent. 54. 57, 157 dahin lautete:

Deque eius capite quaerito, qui tribunus militum legionibus quattuor primis quive quaestor, tribunus plebis etc. [est] quive magistratum habuerit inve senatu sententiam dixit, dixerit, qui eorum coiit, coierit, convenit, convenerit, consensit,] consenserit falsumve testimonium [dixit,] dixerit, quo quis iudicio publico condemnaretur[458].

Und zwar stand diese Vorschrift des Gesetzes, welche die Magistrate und Senatoren mit Strafe bedrohte, wiederum in Zusammenhang mit der lex Cornelia iudiciaria v. J. 673, wonach das Richteramt in den quaestiones perpetuae ausschließlich den Senatoren überwiesen worden war, was dann später durch die lex Aurelia v. J. 684 dahin abgeändert wurde, daß neben den Senatoren auch die equites und tribuni aerarii zur Richterfunction berufen wurden[459].

458) Vgl. J. C. van Assen, de Cic. p. Cluent. Franeq. 1809. S. 181 fg. Sanio, ad leg. Corn. de sic. XIX fg. Rein, Crim. Rt. 410 fg. Zumpt, Crim. Rt. II, 2, 27 fg. Die Auffassung des Letzteren über den obigen Streitpunkt S. 32 fg. ist ebenso unklar und actenwidrig, wie die Ansicht Rein's S. 412 viel zu weit gehend; vgl. auch Drumann, Gesch. Roms V, 370 fg.

459) Geib, röm. Crim. Pr. 199 fg.

Im J. 688 ward nun von dem jüngeren Oppianicus wider den Ritter A. Cluentius eine accusatio wegen iudicium publicum corruptum auf Grund des obigen Abschnittes der lex Cornelia erhoben, wobei T. Attius, der Anwalt des Oppianicus, die Anklage auf die Argumentation stützte: Sulla hat mit jenem Paragraphen das angegebene Verbrechen bedrohen wollen, dafern solches von einem Magistrate oder einem iudex quaestionis verübt ward; iudices quaestionis sind aber unter anderen auch die equites, folglich betrifft jenes Gesetz auch den Cluentius.

Cicero dagegen als Anwalt des Letzteren stellt p. Cluent. 54 dem entgegen: Sulla hat mit jenem Gesetze ausschließlich die Magistrate und Senatoren bedroht, nicht auch die equites, folglich betrifft das Gesetz den Cluentius nicht.

Somit stehen entgegen die intentio: die lex Cornelia de iud. publ. corr. bindet auch die equites, und die depulsio: diese lex bindet nur Magistrate und Senatoren, woraus nun die quaestio sich ergiebt: bindet diese lex auch die equites? Der status aber, dem diese quaestio unterfällt, ist das scriptum et voluntas, sich ergebend aus den beiden Positionen der voluntas einerseits: Sulla wollte alle iudices quaestionis binden, und des verbum andrerseits: Sulla hat allein Magistrate und Senatoren gebunden.

Indem sich nun Attius auf die aequitas stützt, bedient er sich hierbei der Rechtfertigungsgründe: indignum esse facinus, si senator iudicio quempiam circumvenerit, legibus eum teneri, si eques Romanus hoc idem fecerit, non teneri (§ 144), und: iniquum esse non isdem legibus omnes teneri (§ 150).

Cicero dagegen auf die iustitia sich stützend, stellt in c. 52 fg. jenem ersteren Argumente Folgendes entgegen: ut tibi concedam hoc indignum esse, — — tu mihi concedas necesse est multo esse indignius in ea civitate, quae legibus contineatur, discedi ab legibus. Hoc enim vinculum est huius dignitatis, qua fruimur in re publica, hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis. Mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus: ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege suis partibus, ut nervis et sanguine et membris uti non potest. Legum ministri

magistratus, legum interpretes iudices, legibus denique idcirco omnes servimus, ut liberi esse possimus (§ 146); und dem zweiten Argumente des Attius: ut id iniquissimum esse confitear, eiusmodi est, ut commutatis eius opus sit legibus, non ut his, quae sunt, non pareamus (§ 150); und ähnlich in § 155. 157[460]).

Diese ganze Ausführung aber stützt sich vornämlich auf die Principfrage: Cicero geht weniger auf die Frage ein, welche Willensmeinung der Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzes gehabt habe (vgl. jedoch Beil. XVII § IV unter c.), sondern stützt sich überwiegend auf den Principsatz: der Gesetzgeber hat die Ritter nach den Worten des Gesetzes durch solches nicht gebunden, folglich sind Jene nach dem Gesetze auch nicht verhaftet.

Sodann der Proceß über den Nachlaß des Malleolus v. J. 653[461]) beruht auf folgendem Thatbestande: Publicius Malleolus, der erste Muttermörder in Rom, testirt nach seiner Ergreifung im Gefängnisse; nach seiner Hinrichtung treten die Testamentserben die Erbschaft an, wogegen der Bruder desselben die legitima agnatorum hereditas petirt, unter der Deduction, der Muttermörder sei quasi furiosus, daher ihm nach Analogie des betreffenden XII Tafelgesetzes über die cura furiosi die testamentifactio fehle. Demnach stützt sich dieser Erbanspruch durchaus auf eine künstliche Subsumtion des matricida unter den Begriff von furiosus, somit also auf eine ratiocinatio.

Endlich in dem Processe zwischen den patricischen Claudiern und den claudischen Marcellern[462]) über den Nachlaß des Sohnes eines von einem Marceller Freigelassenen beanspruchen die patricischen Claudier als gentiles des defunctus die hereditas, während die Marceller ein Intestaterbrecht als quasi agnati oder etwa auch als quasi patroni geltend machen, jedenfalls somit auf eine ratiocinatio sich stützen.

Indem aber bei allen derartigen Processen eine Chance des Gewinnes für diejenige Partei gegeben war, welche auf die

460) Vgl. § 9. Beil. XVII. § IV.

461) Auct. ad Her. I, 18. Cic. de Inv. II, 50, 148 fg. Victorin. in h. l. p. 299. H. vgl. Epit. Liv. 68. Oros. V, 16.

462) Cic. de Orat. I, 39, 176. vgl. Voigt, de causa heredit. inter Claud. patric. et Marcell. acta. Lips. 1853.

iustitia sich stützte, so lag nun auch im rechtsgeschäftlichen Verkehre die Versuchung nahe, das Wort in captiöser Weise ausbeuten und so durch chikanösen Proceß einen Gewinn zu erlangen von dem Mitpaciscenten, der arglos und ohne genügende Vorsicht das deutungsfähige Wort verwebet hatte. Und hierfür wiederum bietet ein treffliches Beispiel der Proceß des L. Fufius wider den M. Buculeius[463]). Buculeius nämlich, welcher zwei benachbarte Grundstücke besaß und eines derselben an den Fufius verkaufte, constituirte zu Gunsten des letzteren Grundstückes eine servitus luminum, welche er dem in seinem Eigen verbliebenen Grundstücke durch die lex mancipii auferlegte: lumina, uti nunc sunt, ut ita sint. Auf die über solche Absicht der Contrahenten hinausgehende weitere Wortfassung dieser Clausel stützte sich nun Fufius, um auf Grund des Umstandes, daß durch den Neubau auf einem ganz fremden, dritten Grundstücke die Aussicht aus seinem neuerkauften Hause verändert wurde, aus dem XII Tafelgesetze über die Prästation des duplum bei Nichterfüllung der lex mancipii Klage wider den Buculeius zu erheben. Diese Klage aber beruht, wie gesagt, auf reiner captio: es konnte nicht dem entferntesten Zweifel unterliegen, daß jene lex mancipii nur das im Eigenthum des

---

463) Cic. de Orat. I, 39, 179: M. Buculeius — — cum aedes L. Fufio venderet, in mancipio lumina, uti tum essent, ita recepit. Fufius, simul atque aedificari coeptum est in quadam parte urbis, quae modo ex illis aedibus conspici posset, egit statim cum Buculeio, quod, cuicunque particulae coeli officeretur, quamvis esset procul, mutari lumina putabat. In der Auffassung dieser Stelle folge ich mit (C. F. Freiesleben) Vers. einer Zusammenstellung der in Cicero's Schriften vorkommenden bürgerl. Processfälle, Leipz. 1835. S. 21 der Auffassung von Eichstädt, de servitute luminum II. Jen. 1820; diesem wendet Rein, Priv.-Rt. 322 A. 2 tadelnd ein, die Annahme sei unnöthig, daß Bucul. zwei Häuser besessen und durch die Mancipation das eine mit der Servitut neu belastet habe; vielmehr habe derselbe lediglich ein mit einer Servitut berechtigtes Haus verkauft. Allein diesfalls entsteht das Bedenken, daß theils die Quellen nicht die Praxis bekunden, in der lex mancipii eine bereits bestehende Servitutenberechtigung besonders zu garantiren, und daß sodann durch die obige Clausel nach juristischem Sprachgebrauche eine neue Servitut constituirt, nicht aber eine bestehende Servitutenberechtigung garantirt wird. Im Uebrigen ist solche Differenz für die obige Principfrage irrelevant.

Buculeius zurückgebliebene, nicht aber alle anderen benachbarten Grundstücke der Servitut unterwarf, welche dem von Fufius erkauften Grundstücke bestellt wurde, um so weniger, als ja dem Buculeius Macht, wie Recht mangelten, solche Belastung auf fremder Leute Grundstücke zu legen; allein die Fassung jener lex privata sprach in der That zu Fufius' Gunsten: jene Clausel garantirte den Worten nach dem fufischen Grundstücke den Status quo der Lichtverhältnisse nicht bloß gegenüber einem bestimmten Grundstücke, sondern unbedingt und allgemein und ohne welche räumliche Beschränkung[464]). Die Streitfrage lief somit auf eine definitio der lex: lumina, uti nunc sunt, ut ita sint hinaus.

§ 52.

Die Relevanz der die Willensbestimmung bei den Rechtsacten beeinflussenden error, dolus und vis.

Die gegenwärtige Periode bekleidet dolus und vis, insofern solche die Willensbestimmung bei Rechtsacten beeinflussen, ganz allgemein mit Relevanz. Dieser Proceß vollzieht sich in der Hauptsache in zwei verschiedenen Phasen: zuerst wird der vis und fraus ein juristischer Effect beigelegt bei den arbitria oder bon. fid. actiones, worauf sodann das prätorische Edict für die Rechtsacte im Allgemeinen gleiche Relevanz-Erklärung, obwohl mit anderen Hülfsmitteln ausspricht. Wie indeß gerade jene erstere Thatsache erkennen läßt, daß von Anfang an durch einen sehr bemerkenswerthen, obwohl historisch leicht erklärlichen Proceß der Gegensatz der Relevanz und Irrelevanz von vis und dolus sich abhebt von den hier maaßgebenden beiden centralen Größen des solennen und des unsolennen Rechtsactes, vielmehr an einen anderen centralen Gegensatz sich anknüpft, welcher selbst der Sphäre von Princip III und V angehört: von arbitrium nämlich und von iudicium, so entspricht nun dieser rein äußerlichen Thatsache auch ein Moment von innerer und principieller Tragweite: vis und fraus erlangen Relevanz

464) Cic. l. c. führt die obige Conception jener Clausel auf einen error des Buculeius zurück: Buculeius — — simili quodam modo nuper erravit.

bei dem arbitrium nicht nach Maaßgabe des hier erörterten Princips der voluntatis ratio, somit nicht wegen ihrer die Willensbestimmung entstellenden Einwirkung, als vielmehr nach Maaßgabe des Principes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, somit wegen der durch sie vermittelten, der bona fides widerstreitenden und somit ungerechtfertigten Vermögensschädigung des Mitinteressenten. Mit anderen Worten: mit jener Vertauschung der Stütz- und Anknüpfungspunkte der betreffenden Rechtsordnung geht Hand in Hand eine Verschiebung des leitenden theoretischen Gesichtspunktes selbst jener Relevanz-Erklärung: vis und dolus werden dabei reprimirt nicht von Gesichtspunkte aus einer Wahrung und Sicherstellung der Wahrheit der für den unsolennen Rechtsact maaßgebenden Willensbestimmung, als vielmehr des Schutzes der Person wider eine der fides widerstreitende und somit bei der bon. fid. a. relevante Schädigung der Vermögensinteressen durch denjenigen, welcher die vis oder fraus übte.

Diesen leitenden Gesichtspunkt behielt aber auch, wie in § 30 dargelegt, das honorarische Recht bei, indem es, wie obbemerkt, vis und dolus bei den Rechtsacten im Allgemeinen mit Relevanz bekleidete: denn auch die honorarischen Rechtsmittel wegen vis und dolus erfordern als ein wesentliches Merkmal des sie erzeugenden Thatbestandes eine Vermögensschädigung des durch vis oder dolus Betroffenen (A. 198. 199) und treten damit über auf jenen letzteren Gesichtspunkt, die durch vis und dolus vermittelte Vermögensschädigung, nicht aber die dadurch vermittelte Willensstörung zu reprimiren.

Wenn demnach in allen den obigen Beziehungen die Relevanz von vis und dolus nicht dem Gesichtspunkte des hier betrachteten Princips: der voluntatis ratio, als vielmehr dem in Buch II darzustellenden Principe nemo cum damno alterius locupletior fieri debet unterfällt, so bedingt nun diese historisch gegebene Ordnung für uns die Consequenz, daß wir die geschichtliche Darstellung der Relevanz von vis und dolus, insoweit solche auf den Gesichtspunkt einer Reparation der Vermögensschädigung sich stützt, von der Darstellung dieses Buches gänzlich ausschließen, solche vielmehr nach Buch II verweisend.

Erst mit der nächsten Periode geschieht es, daß der vis und

dem dolus ein Relevanz beigemessen wird, welche auf dem Fundamente unseres Princips steht (s. § 30), in dem Falle nämlich, wo vis und dolus die Willensbestimmung bezüglich des Testamentes beeinflussen (§ 59).

Dagegen der error in der Willensbestimmung bei Rechtsacten wird überhaupt erst in der nächsten Periode mit Relevanz bekleidet[467]) und folgt hierbei durchaus den obigem, für vis und dolus maaßgebenden Gesichtspunkten: bei Rechtsacten unter Lebenden erfordert solche Relevanz als wesentliche Voraussetzung eine Vermögensschädigung des Irrenden (A. 200) und tritt somit über in die Sphäre des im Buch II zu behandelnden Princips, wogegen der error beim Testamente, solche Vermögensschädigung des Irrenden nicht erfordernd und somit der Sphäre unseres Princips anheimfallend, in § 59 zur Darstellung gelangen wird.

§ 53.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

In der Geschichte dieses Zeitraumes sind es zwei Momente, welche die epochemachenden Ereignisse bilden: einmal der Uebertritt gewisser bisher durch die mores allein geregelter und lediglich auf fides stehender unsolenner Geschäfte in die Rechts-

467) Allerdings begegnen wir einer theoretischen Behandlung des error in der Willensbestimmung bei den veteres, nämlich des error in qualitate bei denjenigen bon. fid. contractus, welche eine Veräußerung oder die entgeltliche Uebertragung von Nutzungsbefugnissen vermitteln, so namentlich bei emtio venditio und locatio conductio. Allein die Rechtswissenschaft trat hier nicht mit einer selbständigen Theorie von der Relevanz des error auf und maaß nicht unmittelbar demselben eine solche bei, als vielmehr sie stellte solche Relevanz auf mittelbare Weise fest, nämlich auf dem Wege, daß sie die gesetzlich obliegende Verpflichtung des Verkäufers, wie locator, Fehler des Kauf- oder Miethobjectes dem emtor, wie conductor anzuzeigen, aufhob für den Fall, daß dem Letzteren die scientia jener Fehler innewohne, oder vielmehr daß sie der auf Vernachlässigung jener Pflicht gestützten a. redhibitoria oder quanti minoris oder emti oder conducti eine auf diese scientia gestützte exc. doli oder defensio ipso iure entgegenstellte. Alles dies beruht jedoch historisch nicht auf dem Gesichtspunkte der Repression des error, als vielmehr der poena reticentiae, worauf in Buch II zurückzukommen ist.

sphäre, so namentlich zuerst der emtio venditio, der traditio und mutui datio, somit der Eintritt des hier fraglichen aequum et bonum in das ius, vermittelt durch die consuetudo und, als deren Organ, durch die Interpretatio; und sodann der Uebergriff der aequitas in die Sphäre des rigor und somit dessen Beeinträchtigung und Beschränkung, allerdings erst in leisen und vereinzelten Spuren, gleich als eine erst noch zu verwirklichende Tendenz hervortretend. (§ 46).

Was zunächst nun jenen ersteren Moment betrifft, so ist dessen historisches Motiv, wie Triebkraft in dem Machtverfalle der fides gegenüber dem geschäftlichen Verkehre zu finden: indem in dem gegenwärtigen Zeitabschnitte in den Geschäftsverkehr zu Rom peregrine Elemente eintraten (Thl. II § 74 fg.), welchen die römische fides fremd war, so namentlich Hellenen und Punier (A. 335. 336), wie Etrusker und Latiner, so mußten nun für solchen Verkehr Garantieen gewonnen werden, welche kräftiger und ausreichender eine friedliche und geregelte Ordnung im Allgemeinen, wie insbesondere eine höhere Sicherheit für Erfüllung der obliegenden Verpflichtungen Seitens des Schuldners darboten, als solche durch das Gesetz der bürgerlichen Sitte allein gegeben waren: und derartige Garantieen konnten lediglich in dem Rechte gefunden werden. Und dem entspricht, daß in der That der Uebertritt jener Geschäfte in die Rechtssphäre in der Bildung des privatrechtlichen ius gentium sich vollzieht.

Und hierzu gesellt sich sodann gegen Ausgang dieser Periode ein Verfall der in § 39 fg. dargelegten alten Fundamente der römischen fides selbst, welcher wenigstens bei der hauptstädtischen Bevölkerung in unverkennbaren Spuren zu Tage tritt: wie der altrömische Volkscharacter mehr und mehr sich verwischte, so ward insbesondere die Gewissenhaftigkeit und Treue aus einer allgemeinen, nationalen Tugend mehr und mehr zur prärogativen Eigenschaft des redlichen Mannes; hiermit aber verlor zugleich das Gesetz der bürgerlichen Sitte und die Stimme der gemeinen Meinung in ihrer Anforderung auf Erfüllung der auf fides stehenden Verbindlichkeit an Einstimmigkeit und damit an Gewicht[468];

468) Die Schriften dieser Periode sind voll der Klagen über den Ver-

und endlich dem Moralgesetze: den von der Staatsreligion getragenen sittlichen Ideen ward das altüberlieferte sichere Fundament entzogen, indem die Empfänglichkeit und das Verständniß für die alten Religionssatzungen und der alte Götterglaube selbst mehr und mehr dem Römerthum verloren gingen [469]) und so nun insbesondere auch die Heilighaltung des Eides zu wanken begann [470]).

Dahingegen das Uebergreifen der aequitas in die Sphäre des rigor bekundet eine Schwächung der Herrschaft des Letzteren, welche selbst wieder darin ihren Grund hat, daß gegenwärtig bereits die in § 44 dargelegten Nachtheile desselben immer fühlbarer sich geltend machten. Und zwar indem der rigor eine durchaus sorgliche Conception des Rechtsactes bedingt, damit ebenso kein Verstoß wider die gegebene Rechtsformel begangen, wie aber auch die Willensbestimmung in correctester und erschöpfendster Weise verlautbart werde, so nöthigte er von vornherein Jeden, der nicht die Kenntniß der Rechtsformeln und zugleich die Fertigkeit und Sicherheit des präcisen Ausdruckes der Gedanken besaß, seine Zuflucht zu den cautores zu nehmen, um von diesen das Geschäftsformular redigiren zu lassen. Je reicher aber in dieser gegenwärtigen neuen Culturperiode das Leben und der Verkehr zu immer neuen Bedürfnissen und Gestaltungen sich entwickelten, je zahlreicher damit neue Verkehrsbewegungen und Geschäftsverhältnisse zu Tage traten, wie

---

fall der altväterischen Sitten im Allgemeinen, im Besonderen aber über den Verfall der alten fides der Väter: § 89. Den Vorwurf des Verfalles von Treu und Redlichkeit im Verkehre spricht insbesondere aus Plaut. Aul. II, 2, 81 fg.: scio quo vos soleatis pacto perplexier: | pactum non pactum est, non pactum pactum est, quod vobis lubet d. h. an die nicht juristischen Vereinbarungen bindet ihr Euch nicht mehr.

469) Marquardt, Handb. IV, 68 fg.

470) Vgl. z. B. Plaut. Rud. V, 3, 17. fg. prol. 18 fg. Die Philosophen untergruben durch ihre Lehrsätze die Grundlagen der bindenden Kraft des Eides, den Glauben, daß die Verletzung desselben eine Wiedervergeltung des Schwurgottes wach rufe: Cic. de Off. III, 28 fg. Auch nach Cic. cit. selbst in c. 29 sind nicht Furcht und Ehrfurcht vor den Göttern, sondern allein iustitia und fides die Bindemittel des Eides. Nicht minder gefährlich ist die Theorie, daß der Eid nur dann binde, wenn er so geschworen ist, ut mens conciperet fieri oportere: Cic. cit. 29, 107.

neue Klagen geschaffen wurden, je vielseitiger und weitergreifend endlich die Lebensinteressen wurden und je mehr dieselben künstlicher und verwickelter sich gestalteten, um so mehr wuchs nun die Zahl der Geschäfts- und Klag-Formeln[471]), um so mehr wurde deren Redaction eine Sache technischer Kunst und wohlerfahrener Routine[472]), um so abhängiger wurde somit der Lebensverkehr in immer weiteren Kreisen von der Beihülfe der cautores. Dies aber mußte für mannichfache Beziehungen des geschäftlichen Verkehres als eine geradezu unerträgliche Hemmung und Belästigung empfunden werden. Namentlich aber für den regeren und schwunghafteren, rascheren und ausgedehnteren Geschäftsverkehr, der im Gefolge des zu Rom erblühenden Handels sich entwickelte, erwies sich der rigor als viel zu beschwerend und hemmend, daher nun in der That von diesem Zeitpunkte ab dessen Zurückweichen beginnt.

Sodann war das Princip des rigor an sich schon angelegt ebenso zur Silbenstecherei in dem Rechtsverkehre, ja zur spitzfindigen Mißhandlung des Geistes der Sprache selbst, wie auch

---

471) Das große Inventar an Formularen, mit welchem die ausgehende Republik wirthschaftete, um danach gleich als Vorlagen die verschiedenen Rechtsgeschäfte, wie Klagen je nach der Besonderheit ihres Inhaltes sicher und bequem zu redigiren, erhellt theils aus der großen Zahl von bezüglichen Sammlungen (A. 482), theils wird es bezeugt von Cic. p. Rosc. Com. 8, 24: sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis — — ratione actionis errare possit; und Top. 8, 33, wo die stipulationum et iudiciorum formulae als res infinita bezeichnet werden; vgl. Vitr. I, 1, 10 (A. 475); dieselben sind theilweis von höherem Alter: Cic. Brut. 52, 195. de Divin, I, 42, 93.

472) Die sorgfältige Formelconception wird bezeichnet durch anguste scribere: Cic. p. Mur. 13, 28 oder durch verba prudenter ponere: Cic. de Divin. I, 42, 93. Die Gefährnisse der Abfassung eines Instrumentes ohne Zuziehung eines cautor bekundet die causa Curiana. Thl. I A. 17. Solcher Gefährdung suchte man nun, wenn man den cautor umging, vorzubeugen durch Erklärungen wie bei Scaev. 3 Resp. (D. XXXI, 1, 88. § 17): „Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam; et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.“ Vgl. auch § 21 unter 1, sowie Plaut. Rud. IV, 3, 85, wo der Bauer sagt: nescio, neque ego istas vostras leges urbanas scio.

zur captio (A. 392) oder der eigennützigen Ausbeutung der verfänglichen Rede[473]). Und diese Gefahr nun steigerte sich auf das höchste durch die mit Ausgang dieser Periode sich vermittelnde Bekanntschaft mit griechischer Dialektik und Sophistik[474]).

Jene beiden Vorgänge, einerseits der Eintritt der aequitas in das Recht durch die Reception von unsolennen Rechtsgeschäften, wie durch die Anerkennung der Willensbestimmung als des rechtsverbindlichen Elementes derselben, und andrerseits das Uebergreifen dieser letzteren Position auch in die Sphäre des solennen Rechtsgeschäftes werden somit herbeigeführt durch Factoren, welche einer zwiefachen Sphäre des bürgerlichen Verkehres angehören: theils dem specifisch römischen Leben und der römischen National-Anschauung, theils dem internationalen Handel zu Rom.

Insbesondere aber die römische Nationalanschauung tritt vornämlich innerhalb der Sphäre der zweiten Position, welche das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betrifft, dem rigor oppositionell gegenüber und erhebt sich daher insoweit zu dem wirkungsvollsten Agens in jenem Processe. Denn daß gerade in diesem Punkte die Nationalanschauung das Princip

---

473) S. § 11. 12 und insbesondere Cic. p. Caec. 17, 50 (Thl. I, 54 fg.), sowie die drastischen Beispiele in p. Caec. 19, 54. und die kräftige Ironie das. 20, 56. Sodann § 51 a. E. und Plaut. Capt. II, 2, 5 fg.: qui cavet, ne decipiatur, vix cavet, quom etiam cavet. | Etiam quom cavisse ratus est, saepe is cautor captus est.

474) Ein treffliches Beispiel bietet Gell. V, 10, 4 fg. Apul. Flor. IV, 18, 87 fg.: Euathlus vereinbart mit dem Rhetor Protagoras ein hohes Honorar für den Unterricht in der Rhetorik, zur Hälfte zahlbar an dem Tage, wo Euathlus als Orator den ersten Proceß gewinnt. Nach einiger Zeit, bevor überhaupt der Letztere einen Proceß geführt, klagt Protagoras auf Zahlung dieser Quote des Honorars, seine Klage dahin motivirend: dafern Euathlus condemnirt wird, hat er mir auf Grund des Richterurtheiles zu zahlen; dafern er jedoch absolvirt wird, hat er auf Grund unseres Vertrages zu zahlen, weil er den ersten Proceß gewonnen. Dem stellt Euathlus die Deduction entgegen: dafern ich absolvirt werde, habe ich auf Grund des Richterurtheiles Nichts zu zahlen; dafern ich aber condemnirt werde, habe ich Nichts zu zahlen, weil ich überhaupt noch keinen Proceß gewonnen. Die Richter ließen sich durch diese Sophismen verblüffen und entzogen sich der Entscheidung des Processes. Nach römischen Rechte war die Klage des Protagoras wegen pluspetitio tempore, und im Wiederholungsfalle wegen res iudicata abzuweisen.

der aequitas, welches die Willensbestimmung als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes setzt, als das der Billigkeit Entsprechende zu würdigen begann, ergiebt sich theils aus den Sätzen bei Cic. de Inv. II, 48, 143. p. Caec. 28, 81. (§ 21 unter 2. § 24 unter d), theils und vornämlich aus der in dieser Periode sich vollziehenden Uebertragung der Benennung aequitas auf jenes Princip der fides (A. 397). Und nicht minder bestätigt sich jene Thatsache, daß die Nationalanschauung von dem Principe des rigor sich abzuwenden begann, dadurch, daß man in Anwendung des rigor zwar ein summum ius noch anerkannte, dieses selbst aber zugleich als eine summa iniuria auffaßte, ja daß man in der Anwendung des rigor im Allgemeinen ebenso eine captio, wie eine calumnia erkannte, somit aber ein Verfahren, welches als mißbilligenswerth verurtheilt wurde[474a]).

Nicht dagegen widerstrebte der Nationalanschauung der rigor innerhalb seiner ersten Position, welche das solenne Wort als die wesentliche Form der juristischen Willenserklärung erfordert. Denn in der That hat der specifisch römische Geschäftsverkehr, wie die leges Manilianae und die Vorschriften Cato's und Varro's, wie Vitruv's ergeben[475]), während des ganzen gegen-

---

474a) Der rigor wird als summum ius bezeichnet von Cic. p. Caec. 4, 10: non enim minus laborat A. Caecina, ne summo iure egisse, quam ne certum ius non obtinuisse videatur; 23, 65: si — verbis et litteris et, ut dici solet, summo iure contenditur; woneben das summum ius den rigor auch innerhalb der Sphäre von Princip III und V bezeichnet. — Wegen des summum ius summa injuria s. Thl. I. A. 28. Anders dann Constantin. in fr. Vat. 249. s. § 64 und ähnlich schon Cic. p. Caec. 27, 77: iuris (sc. est), rem et sententiam et aequitatem plurimum valere oportere, libidinis, verbo ac littera ius omne torqueri. — Der rigor ist sodann als captio bezeichnet von Cic. Brut. 53, 198. p. Caec. 14, 40 s. § 21 unter 3 und so auch von Varr. Sent. 23 (Varr. sat. men. ed. Riese p. 266): captiosus de verbis disputator canis est aërem captans pro praeda; und Alf. Var. 4 Dig. a Paul. epit. (D. X, 4, 19). — Endlich als calumnia wird der rigor qualificirt von Auct. ad Her. II, 10, 14. Part. Or. 39, 137. p. Caec. 23, 65. (A. 162. 444) und so nun auch de Off. I, 10, 33 und Alf. Var. l. c.

475) S. A. 482. Cat. RR. 14. 15. 136. 144—150. Varr. RR. II, 1, 15. 2, 5 fg. 3, 5. 4, 5. 5, 11. 6, 3. 7, 6. 8, 5. 9, 7. 10, 4 fg. Vitr. I, 1, 10:

wärtigen Zeitabschnittes, ja selbst noch in der nächsten Periode (A. 663) trotz Schaffung der Consensual- und Realcontracte mit bevorzugender Vorliebe und in überwiegender Häufigkeit der solennen Formeln und insbesondere der Stipulation bei allen wichtigeren Geschäften sich bedient, ja war sogar vor Schaffung der fideiussio da auf solche angewiesen, wo die Beifügung einer Bürgschaft beliebt wurde. Und diese letztere Thatsache erklärt sich denn auch sehr einfach aus der Beschaffenheit an sich der Stipulationsform, aus deren Verwendbarkeit für die verschiedensten Geschäfte, wie aus ihrer Einfachheit und Bequemlichkeit, da ja die ganze Solennität lediglich in einem typischen Stichworte bei initiativer Frage und congruenter Antwort bestand.

Dagegen in dem Geschäftsverkehre inter cives et peregrinos, sonach innerhalb des ursprünglichen Gebietes des ius gentium (Thl. II § 84) sind wiederum die Motive zu suchen zur Reception der unsolennen Geschäfte in das ius: in diesen Geschäftskreisen vor Allem werden die Postulate der fides der ausschließlichen Herrschaft der mores entrückt, indem mit ihnen eine opinio necessitatis sich verbindet und so nun dieselben sich in Rechtssätze verwandeln. Und hiermit nun identificirt sich innerhalb jener Position der aequitas die Frage nach den Motiven und treibenden Kräften jenes historischen Processes mit der Frage nach den Basen, auf welchen die Bildung des privatrechtlichen ius gentium beruht, eine Frage, die in Thl. II § 81 ihre Beantwortung gefunden hat. Der hierin gegebene Anstoß aber zur Aufnahme des aequum et bonum in das Recht führte zu der Entwicklung, daß man die Sätze, aus welchen man das ius gentium aufbaute, dem römischen Leben und dessen mores entnahm (§ 36), wobei indeß die Letzteren selbst wieder durch fremde Culturelemente mannichfach beeinflußt wurden (Thl. II § 80). Und indem sodann weiterhin das ius gentium in das specifisch römische Leben übertrat (Thl. II §

---

et cetera, quae eius modi sunt, nota oportet sint architectis, uti ante caveant, quam instituant aedificia, ne controversiae factis operibus patribus familiarum relinquantur et ut legibus scribendis prudentia caveri possit et locatori et conductori; namque si lex perite fuerit scripta, erit ut sine captione uterque ab utroque liberetur.

84. 86), so leitete sich damit auch jenes aequum et bonum in den Rechtsverkehr zwischen Bürgern über.

Nach Alle dem aber haben wir anzuerkennen, daß im großen Ganzen der Thatbestand, welchen diese Periode darbietet, den Lebensformen und Bedürfnissen des geschäftlichen Verkehres wohl angemessen ist: theils solenne Geschäfte, welche dem specifisch römischen Verkehre dienen und welche in Folge ihrer exacten und scharfpointirten Rede an sich recht wohl zur Unterordnung unter die zweite Position des rigor, das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betreffend, sich eignen, theils das unsolenne Geschäft, welches dem peregrinen Verkehre diente und welches in Ermangelung einer scharf zu präcisirenden Ausdrucksweise am Angemessensten der entgegenstehenden zweiten Position der aequitas sich überweist.

Mit jener Reception der unsolennen Geschäfte der mores in das Recht gewann aber das letztere Figuren von ganz neuem Character: Rechtsgeschäfte, welche nicht nach formalen, sondern nach realen und wirthschaftlichen Merkmalen bestimmt waren (§ 37); das Recht selbst sodann gewann dadurch eine wesentlich veränderte Stellung: aus der Stelle einer rein subsidiären Norm des geschäftlichen Verkehres trat es nunmehr ein in die Stellung eines principalen Regulators desselben (§ 43); und endlich die von Alters überlieferten solennen Rechtsgeschäfte werden dadurch theilweis in tief greifendem Maaße in ihrer Wesenheit und theoretischen Stellung, wie in ihrer juristischen Function afficirt: denn insoweit jene unsolennen Geschäfte in die nämlichen wirthschaftlichen Verhältnisse eingriffen, welchen auch diese solennen Geschäfte dienten, so entstanden hiermit Concurrenz-Verhältnisse verschiedenster Beschaffenheit, deren Regelung mehrfach nicht ohne wesentliche Modification des Characters der alten solennen Geschäfte erfolgte. So z. B. seitdem die emtio venditio als Kaufcontract des ius gentium anerkannt worden war, erzeugte der Abschluß der Stipulation über diese emtio ein solches Concurrenzverhältniß, welches durch die Theorie von der Novation zwar geregelt, aber nicht völlig gelöst ward, insofern man jene emtio durch die Stipulation nicht vollständig absorbirt und aufgesogen werden ließ, vielmehr der Ersteren neben der Letzteren immer noch eine juristische Existenz und theoretische Wirksamkeit

als einer causa der Stipulation zuerkannte und hierauf nun ein fortdauernder Effect der emtio sich stützte; und indem sodann auch in der Mancipation eine emtio sich vollzog, die im ursprünglichen Sinne zwar entgeltliches Veräußerungsgeschäft im Allgemeinen war (Thl. II, 543), von jener späteren Zeit aber nunmehr als Kauf aufgefaßt wurde, so entstand nun wieder ein Concurrenzverhältniß zwischen dem Contracte der emtio venditio und der Mancipation, welches in der Weise geregelt wurde, daß man die Letztere für eine imaginaria venditio erklärte (A. 107), ohne daß jedoch hiermit die Concurrenz erledigt worden wäre, indem vielmehr wegen Eviction doch wieder neben der a. emti die a. auctoritatis begründet blieb. Und wiederum in Folge dessen, daß die der Mancipation ursprünglich inliegende causa jener alten emtio für etwas Imaginäres erklärt wurde, stellte sich nunmehr die causa als ein selbstständiges Zweites neben die Mancipation, so die neue emtio venditio, die donatio und dergl.; und wenn immer auch die Mancipation in ihrer Geltung von solcher neuen causa nicht positiv abhängig d. h. ihre Rechtsbeständigkeit nicht von deren Vorhandensein bedingt war[476]), so ward sie doch in eine negative Abhängigkeit von solcher gestellt: gewisse Mängel wirken auch auf sie zurück, so z. B. bei donatio inter virum et uxorem oder bei datio ex falsa causa. Dann wieder seitdem die Tradition als Erwerbmodus ebenso des ex iure Quir. meum esse, wie auch des publicianischen ius in re anerkannt worden war und so zu voller theoretischer Selbstständigkeit sich erhob, während wiederum dieselbe von Alters einen integrirenden Bestandtheil der Mancipation bildete, so löste man nun aus der Letzteren die Erstere ab, so daß sie zu einem neben jener stehenden selbstständigen Acte sich gestaltete, wie dies Gai. II, 203. IV, 131. Diocl. et Max. in fr. Vat. 313 ergeben. Und wiederum seitdem die solutio als Aufhebungsmodus auch der durch solennes Rechtsgeschäft begründeten Obligation anerkannt worden war, trat dieselbe in ein Concurrenzverhältniß mit den solennen Aufhebungsmodus, so mit der solutio per aes et libram, wie mit der nuncupativen und litteralen Acceptilation

---

476) Vgl. Leist, Mancipation § 3.

(§ 3), wodurch wieder complicirte Fragen hervorgerufen wurden, deren Lösung nicht ohne Rückwirkung auf die theoretische Stellung dieser solennen Aufhebungsmodus verblieb. Ja neben allen diesen Momenten, deren nähere Würdigung in den Kreis der Aufgaben des zweiten Buches fällt, ist hier auch noch hinzuweisen auf den in Thl. II § 86. 112 dargelegten Proceß, daß die theoretische Rechtsanschauung in Legislation und Wissenschaft, wie Volksleben auf den Gesichtspunkt der neuen systematischen Ordnungen und Figuren übertrat, welche durch das ius gentium gegeben waren, ein Proceß, der um so weniger ohne Rückwirkung auf die hier maaßgebende Sphäre bleiben konnte, als das ius gentium der Träger des unsolennen Rechtsgeschäftes war.

Mit jener hervorgehobenen Thatsache aber, daß es vornämlich der Peregrinenverkehr ist, welcher die Reception der unsolennen Geschäfte in das Recht erfordert und durchsetzt, steht zugleich in Zusammenhang die Erscheinung, daß der gegenwärtige Zeitabschnitt immer noch unsolenne Geschäfte der ausschließlichen Regelung durch die mores überläßt, insoweit nämlich, als an solchen der Handels- und Geschäftsverkehr ein nur untergeordnetes oder überhaupt gar kein Interesse hat. Denn als derartige Geschäfte, welche rein auf mores und auf moralischer fides stehen, treten in dem gegenwärtigen Abschnitte uns entgegen:

1. die Innominatcontracte der nächsten Periode, welche ihren directen Schutz durch die a. praescriptis verbis erst in der augusteischen Zeit, einen indirecten Schutz aber durch eine die spätere cond. causa data causa non secuta mit vertretende generelle cond. ex iniusta causa zu Ausgang des 7. oder Beginn des 8. Jahrh. empfingen[476a]), gleichwohl aber in mannichfachen Beispielen bei Plaut. sich vorfinden, so z. B. der contractus aestimatorius in Capt. II, 2, 101 fg. 3, 4. 18 fg., wo Philopolemus, der Sohn des Aetoler Hegio in die Kriegsgefangenschaft der Elier gerathen ist, Hegio nun zwei elische Kriegsgefangene, den Philocrates und dessen Sclaven Tyndarus kauft und sodann mit dem Ersteren vereinbart, daß dieser ihm

476a) Voigt, Cond. ob caus. A. 426. u. S. 245.

den Tyndarus nach einem Taxwerthe von 20 Minen übergebe und er, Philocrates, denselben nach Elis sende, damit dieser die Auswechselung des Philocrates gegen den Philopolemus mit des Ersteren Vater bewirke, für den Fall aber, daß Tyndarus nicht zurückkehre, Philocrates dem Hegio dafür 20 Minen zahle; ferner das pactum do ut manumittas in Pers., wo Toxilus mit Dorbalus vereinbart, daß Letzterer seine Sclavin Lemniselene gegen Zahlung von 600 nummi Seitens des Ersteren manumittire, das Geschäft aber nicht sofort erfüllt wird, vielmehr Toxilus eidlich angelobt, am Tage der Handlung des Stückes die 600 zu zahlen: I, 1, 34. 35. III, 2. 3, 11. 26., in Folge dessen nun Toxilus diese Zahlung leistet: III, 3, 8 fg. 32 fg. und Dorbalus wiederum manumittirt und zwar nicht Zug um Zug, vielmehr einige Zeit nachher: III, 3, 34 fg. IV, 3, 17; sodann das pactum über ein indicium oder Anzeigerlohn wegen verlorener oder entwendeter Sachen oder entlaufener Sclaven in Rud. V, 2, 35 fg., wo eidliche Bestärkung vorliegt, sowie in Ep. IV, 1, 9 fg. 3, 34. Aul. II, 2, 25; endlich das pactum über ein εὑρέτρον oder Finderlohn in Rud. IV, 4, 76 fg.

2. die pacta über honorarium oder salarium mit dem procurator, patronus causae, advocatus, agrimensor, praeceptor studiorum liberalium, medicus und der obstetrix und dergl., wie mit der nutrix und dem proxeneta [477]);

3. das depositum, commodatum und pignus, welche insgesammt erst nach 710 zu Contracten erhoben wurden [478]),

477) Diese pacta sind noch in der späteren Kaiserzeit zur extraordinaria cognitio verwiesen worden: Schilling, Inst. § 308. u. 318. g. 329.

478) Depositum, commodatum und pignus fehlen nämlich: 1. in der Aufzählung der bon. fid. iudicia des Qu. Mucius († 672), welche Cic. de Off. (v. J. 710) III, 17, 70. wiederholt und welche folgende Reihe bietet: tutela, societas, fiducia, mandatum, emt. vend., loc. cond. In dieser Reihe nun sind allerdings zu vermissen theils verschiedene arbitria der leg. a., so insbesondere die actiones divisoriae, die arbitria aquae pluviae arcendae, legis Plaetoriae, rei uxoriae, theils die a. negot. gestorum. Allein, zunächst die Letztere betreffend, so ist dieselbe durch auctoritas JCtorum geschaffen und zwar durch einen auf einer ratiocinatio beruhenden Satz, welchen Cic. Top. (v. J. 710) 10, 42. mittheilt und welcher lautete: si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaveris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator (§ 49 a. E.). Daraus nun, daß Cicero

gleichwohl aber während des ganzen gegenwärtigen Zeitabschnittes in dem Lebensverkehre hervortreten [479]);

---

diesen rechtsconstituirenden Satz selbst im J. 710 anführt, entnehme ich, daß derselbe damals neuerdings aufgestellt worden war, wogegen daraus, daß in der obigen Aufzählung des Qu. Mucius die negot. gestio fehlt, wiederum zu entnehmen ist, daß zur Zeit der Abfassung Jener diese Klage überhaupt noch nicht constituirt war, demgemäß also deren Entstehung in den Anfang des 8. Jahrh. und vor 710 zu setzen ist. Daß endlich Cic. de Off. die neg. gestio übergeht, erklärt sich daraus, daß dieselbe gegenüber dem von ihm behandelten Thema eine nur untergeordnete Stellung einnimmt. Was dagegen das Fehlen gewisser arbitria der leg. a. betrifft, so erklärt dies sich daraus, daß ja Qu. Mucius durchaus nicht alle bon. fid. a. aufzählen wollte, sondern ausschließlich diejenigen, „quibus vitae societas continetur", weil gerade bei diesen Rechtssachen „magni est iudicis statuere, quid quemque cuique praestare oporteat" und letzterer Punkt nun es zweifelsohne war, welcher das Hauptthema derjenigen Passage ergab, in welcher Scaevola die von Cicero mitgetheilte Klagen-Reihe aufstellte. Diese Reihe selbst aber ergiebt, daß Scaevola unter jenen arbitria, quibus vitae societas continetur, die aus geschäftlichen Verhältnissen hervorgehenden Klagen verstand; und dies nun schloß aus ebenso die actiones divisoriae, wie die delictischen und quasidelictischen Klagen, so a. leg. Plaetoriae und aqu. pluv. arcend., wie nicht minder auch die rei uxoriae, da solche nicht der vitae societas, als vielmehr der propinquorum societas angehört (vgl. Thl. I § 46). Sicher aber gehören a. depositi, commodati und pigneraticia zu jenen actiones, quibus vitae societas continetur, so daß das in Thl. I, 541 gebrauchte argumentum e silentio des Qu. Mucius in Wahrheit voll berechtigt ist. — 2. In Cic. de N. D. (v. J. 710) III, 30, 7. werden aufgezählt als iudicia de fide mala d. h. als Klagen, durch welche der dolus malus reprimirt wird, die a. tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, emti vend., cond. locati, leg. Plaetoriae und de dolo. Wenn daher in dieser Reihe alle diejenigen Klagen fehlen müssen, bei denen ein Betrug gar nicht oder in ganz untergeordneter Weise in Frage kommt, wie z. B. bei den actiones divisoriae und negotiorum gestorum, so kommt derselbe doch in sehr hervorragender Weise in Betracht bei a. depositi, commodati und pigneraticia, daher nun das Fehlen dieser Klagen in obiger Stelle in Wahrheit das argumentum e silentio durchaus rechtfertigt, welches in Thl. I, 541. gebraucht ist. — 3. In Cic. Top. 10, 42. (unter 1 cit.) und 17, 66. werden je eine größere Anzahl von arbitria aufgeführt, aber depositi, commodati und pignerat. übergangen, was als ein Beweis-unterstützendes, nicht aber als beweisendes Moment in Thl. I, 541 aufgeführt ist. — Wenn daher Ubbelohde, z. Gesch. der ben. Realcontr. 33 A. 11 allen obigen Stellen „kein allzu großes Gewicht" beimißt, so ist darin eine Unterschätzung und ungenügende Würdigung derselben zu erkennen. — 4. In dem Contractssysteme der Inst. von Gai. III, 90 fg. fehlen depositum, commo-

4. das Selbstfreikaufen des Sclaven (s. A. 300);

datum und pignus, obgleich das depositum in III, 196. IV, 47. 59. 60. 62. 182, das commod. in III, 196. 197. 206. IV, 33. 47. 59. 182. und etwa 62, die a. pigneraticia in IV, 62 erwähnt wird. Dies erklärt sich nur daraus, daß das Contractssystem des Gaius aus einer Zeit datirt, wo jene 3 Klagen noch nicht constituirt und im Edicte proponirt waren: A. 485. Wenn nun Ubbelohde a. O. 34 A. 12 einwendet, es fehle in jenem Contractssysteme auch der contractus fiduciae, der doch dem Urheber dieses Systemes bekannt gewesen sein müsse, so scheint nun derselbe damit besagen zu wollen, daß der Urheber dieses Systemes aus Unfähigkeit oder Absichtlichkeit eine unvollständige Classification der Contracte aufgestellt habe. Ich dagegen glaube annehmen zu dürfen, daß weder die Fähigkeit hierfür, noch die Absicht jenem Urheber abging, und daß, wenn trotzdem die fiducia in dem Systeme fehlt, dies darauf beruht, daß Jener die fiducia, ebenso wie die lex mancipii, nicht dem Gesichtspunkte des contractus, als vielmehr des pactum unterstellte: Gai. 3 ad XII tab. (D. II, 14, 48): in mancipationibus (Trib.: traditionibus) rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestum est. — Gegenüber Alle dem erregt kein Bedenken Qu. Muc. 16 Jur. civ. (Gell. VI, 15, 2): quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit; denn dies setzt voraus das Vorkommen von depositum und commodatum, nicht aber die Existenz von a. depositi und commodati. — Wegen des depositum insbesondere s. Thl. I bei A. 679; daraus daß Pomp. 6 ad Qu. Muc. (D. XLVI, 3, 81. § 1) von der a. depositi handelt, ist nicht nothwendig zu folgern, daß Scaevola solche gekannt habe. — Die a. commodati insbesondere ward nach Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 1. pr. § 1) zuerst proponirt durch einen Prätor Pacuvius, welchen Ubbelohde a. O. 78 und Andere mit dem Vater des Labeo identificiren wollen; aus Ulp. cit. (D. cit. 5. § 2): commodatum — plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur; et ideo verius est Qu. Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam ist dagegen nicht nothwendig zu folgern, daß Scaevola bereits die a. commodati gekannt habe, da dort ein Citat aus zweiter Hand vorliegt (vgl. Sanio, Gesch. d. r. Rechtswissensch. 50), daher recht wohl der Sachverhalt möglich ist, daß Scaevola den generellen Satz aufstellte: ab eo, cuius solam utilitatem continet contractus, et culpa praestanda est et diligentia; et si forte res aestimata data est, omne periculum praestandum est ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit, und daß nun erst die Späteren aus solcher Constitution die Anwendung auf das Commodat insbesondere machten, ein Punkt, auf welchen in Buch II des Näheren zurückzukommen ist; vgl. namentlich Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. pr.). — Endlich auf die spätere Contractsnatur des pignus weist hin, daß auch res mancipi dafür empfänglich, nicht aber allein auf die fiducia angewiesen waren.

479) Depositum: Qu. Muc. bei Gell. VI, 15, 2. Cic. de Off. I, 10, 31.

5. die manumissio minus solennis bis in die 2. Hälfte des 7. Jahrh. (Thl. II, 727);

6. das Fideicommiß [480]); sowie

7. der Modus bei der Erbeinsetzung, der erst in der nächsten Periode und auch hier nur theilweis in ein juristisch verpflichtendes Verhältniß umgewandelt wird (A. 665).

Nach alle dem tritt daher das aequum et bonum in dem gegenwärtigen Zeitabschnitte theils als eine selbstständige, unabhängige und gesonderte Potenz neben dem ius hervor, theils aber auch als ein Element und Princip des Rechtes selbst.

Was nun endlich die Stellung der Wissenschaft gegenüber den hier erörterten Principien betrifft, so haben wir dieselbe gegenüber der zweiten Position: der Prävalenz je von verbum oder voluntas bereits in § 50 dargelegt. Dagegen die erste Position, die Form der juristischen Willenserklärung betreffend, übt in doppelter Richtung einen bestimmenden Einfluß auf die Thätigkeit der Jurisprudenz aus. Denn einestheils ward die Letztere durch das Bedürfniß des Verkehres nach immer zahlreicheren Klag- und Geschäftsformeln (A. 471) ebensowohl zur Anlegung von Formelsammlungen, als auch zur Conception neuer Formeln veranlaßt. Und zwar gehören zu jenen Sammelwerken [481]) namentlich das ius Aelianum, welchem Cato (A. 475) und theilweis auch Varro (A. 482) die in ihren res rusticae mitgetheilten leges privatae entlehnten; sodann ferner die Hostilianae actiones, die Manilianae venalium vendendorum leges und andere verwandte Werke [482]); dagegen Beispiele von

---

III, 25, 95. — Commodatum: § 36 unter 4. Plaut. Aul. II, 4, 32. 9, 4. Asin. II, 4, 38 fg. Pers. I, 3, 47. II, 5, 19. u. a. m. Brut. u. Qu. Muc. bei Gell. VI, 15, 1. 2. — Pignus: A. 286. 291.

480) Thl. II, 852 fg. Cic. de Fin. II, 17, 55. 18, 58. J. Inst. II, 23, 1. 12.

481) Noch in den 1. Zeitabschnitt fallen das ius Flavianum und die actiones de usurpationibus des App. Claudius Centimanus (A. 225).

482) S. A. 3. Ein Excerpt aus den leges des Manilius bietet Varr. RR. II, 3, 5, und Verweisungen darauf in II, 5, 11. 7, 6. Dagegen wohl aus dem ius Aelianum ist die antiqua, prisca formula in II, 2, 5. 6. Endlich auf noch andere Formelsammlungen weisen hin II, 4, 5. 5, 11 9, 7.

Conception neuer Formeln, welche durch das cavere der Juristen (A. 391) vermittelt wurde, bieten die cautio Muciana, das iusiurandum Mucianum bei Gell. V, 19, 6, die stipulatio Aquiliana, die aquilische Formel der heredis institutio des Postumus.

Sodann benutzt aber auch die Jurisprudenz die Form der Modalität der Willenserklärung als den Eintheilungsgrund ihrer Classification und ihres Systemes der Contracte. Denn während das Recht selbst dieser Periode zwei durchaus heterogene Gruppen von Rechtsgeschäften darbot: die Geschäfte mit und ohne solenne Formel, welche beide einander völlig fremd gegenüber stehen, so faßt nun die Jurisprudenz der ausgehenden gegenwärtigen Periode die Contracte beider Gruppen in einheitliche doctrinelle Systeme zusammen, für welche die Modalität der Willenserklärung den leitenden Gesichtspunkt bildet und die mehrfache Unterarten, wenn auch theilweis in gezwungener Weise (A. 482[a]), ergiebt. Und zwar stellt das von Qu. Mucius Scaevola Pont. vertretene, wohl auf die Tripertita des Sex. Aelius zurückgehende Contractssystem die Begriffsreihe auf von pacta d. s. die Consensualcontracte und die mutui datio, von stipulationes und von leges dictae d. s. lex mancipii nebst fiducia, nexum und etwa dotis dictio (Beil. XXI, A. 210). Dagegen ein zweites, wohl auf Serv. Sulpicius Rufus zurückzuführendes und von Gai. Inst. adoptirtes System ruht auf der Viergliederung der Contracte als obligationes natae 1. re[482a]): mutui datio und indebiti solutio umfassend (III, 90. 91); 2. verbis[483]) mit stipulatio (III, 93—95), dotis dictio und iurata promissio operarum liberti (Cai. Epit. II, 9, 3. 4), adstipulatio (III, 110 fg.) und adpromissio (III, 115 fg.): 3. litteris mit transcriptio a re in personam, wie a persona in personam (III, 128 fg.); wie endlich 4. consensu[484]) mit

482a) Res ist jedoch gar nicht Modus der Willenserklärung, als vielmehr ein zur formalen oder unformalen Willenserklärung hinzutretender zweiter und selbstständiger Thatbestand.

483) Vgl. Cic. p. Caec. 3, 7: si quis — spopondit, qua in re verbo se obligavit.

484) Vgl. A. 134. Gai. III, 136: ideo — consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum, neque scripturae ulla proprietas desideratur.

emtio vend. (III, 139), loc. conductio (III, 142), societas (III, 148) und mandatum (IV, 155)[485]. Und diesem letzteren Systeme gehört auch an die correspondirende Classification der solutiones in solutio verbis, re, litteris und consensu[485a].

Zweite Periode.

Die historische Ausprägung der Principien vom Beginn der Kaiserzeit bis Diocletian.

§ 54.

Historische Stellung im Allgemeinen der Principien.

Die Signatur der gegenwärtigen Periode ist der Verfall des rigor iuris. Und zwar zunächst innerhalb der Position,

---

485) Dies System ist, da es die rapina einordnet (Gai. III, 209), einerseits jünger als 678, wo die a. de vi hominibus armatis coactisve constituirt ward, und jünger sodann als die cond. indebiti, welche bald nach 688 geschaffen wurde (Voigt, Cond. ob caus. 245); andrerseits aber wiederum älter als die a. depositi, commodati und pigneraticia, welche drei bekannt sind namentlich dem Alfen. Var. (D. XLVI, 3, 55. vgl. XIX, 2, 31. ferner XII, 6, 36. XXXIV, 2, 28. endlich XIII, 7, 30), und resp. dem Treb. Testa (D. XVI, 3, 1. § 41. 43. fr. 21. § 1. vgl. XLI, 4, 2. § 7, sowie D. IV, 3, 18. § 3. XXXII, 1, 29. pr.) und Ofilius (D. XXXIV, 2, 39. pr. § 1. XLV, 3, 6); älter sodann auch als die Constituirung der generellen cond. ex iniusta causa, welche dem Serv. Sulpic. bereits bekannt ist (Voigt, a. O.). Nach Alle dem aber wird jenes System auf Serv. Sulpic. selbst zurückzuführen sein; bekannt ist dasselbe bereits dem Lab. 1 ad Ed. Praet. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 16, 19.): actum quidem generale verbum esse sive verbis, [sive litteris,] sive re quid agatur, ut in stipulatione, [vel expensilatione,] vel numeratione; contractum autem ultro citroque obligationem, — — veluti emtionem vend., locat. conductionem, societatem. Aehnlich ist das System von Gai. 2 und 3 Aur (D. XLIV, 7, 1. 4. 5.), wo jedoch commodatum, depositum und pignus bereits eingeordnet sind.

485a) Diese Classification ist uns nur überliefert in der von Brisson de V. S. s. v. solutio mitgetheilten Glosse: *καταβολὴ ἢ λύσις, δι' ἧς πᾶσα ἡ ἐνοχὴ διαλύεται καὶ ἡ τῆς βέρβις καὶ τῆς ρε καὶ τῆς* litteris *καὶ τῆς* consensu, und erkennbar aus Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLVI, 3, 80).

betreffend die Form der juristischen Willenserklärnng, wächst nicht nur die Zahl der unsolennen Rechtsacte, während die der solennen sich vermindert, wie z. B. durch Untergang des nexum und der Expensilation, sondern es beginnt auch der Verfall der solennen Wortform an sich, indem dieselbe immer laxer und nachlässiger gehandhabt wird: es beruht zwar auch jetzt noch die Wesenheit der solennen Rechtsacte auf dem dictum oder scriptum, allein die Anforderungen, die an solches verbum gestellt werden, büßen mehr und mehr an alter Strenge und Consequenz ein (§ 55). Dieser letztere Moment aber geht zwar nicht mit innerer und principieller Nothwendigkeit, wohl aber in nahe liegender Rückwirkung historisch Hand in Hand mit der Vernichtung der Herrschaft des rigor in dessen zweiter Position, wo die Willensbestimmung als das rechtsverbindliche Element auch des solennen Rechtsactes zur Anerkennung gelangte, in Folge dessen aber das solenne Wort in eine durchaus accessorische Stellung herabgedrängt ward und damit nun allen inneren Stützpunkt seines Eigenwerthes verlor.

Innerhalb der zweiten Position aber, das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betreffend, tritt die aequitas in unbestrittener Herrschaft in diese Periode herein gegenüber dem unsolennen Rechtsgeschäfte (s. § 48 a. E.). Allein dieselbe dehnt ihre Herrschaft auch aus auf den solennen Rechtsact, auch für diesen nunmehr die voluntas und resp. den consensus zu allgemeiner Geltung erhebend. Und damit gelangen nun auch hier als einfache Consequenzen die Sätze zur Geltung, daß ebenso die simulirte oder nicht ernstliche Willensbestimmung wirkungslos ist, wie auch alle Interpretation auf die voluntas des Redenden zu stützen ist.

Sodann gelangt in dieser Periode auch der Irrthum in der Willensbestimmung zur Anerkennung juristischer Relevanz, allein auch dies in jener eigenthümlichen Verschiebung seines leitenden Gesichtspunktes, die wir in § 52 in ganz paralleler Weise bei vis und dolus beobachteten: in der Sphäre der Rechtsgeschäfte unter Lebenden wird der error reprimirt nicht von dem Gesichtspunkte aus der in ihm liegenden Störung der Willensbestimmung, als vielmehr der daraus resultirenden Vermögensschädigung.

Wohl aber treten in dieser Periode vis, dolus und error nunmehr auch in die Sphäre des hier behandelten Princips über, insoweit nämlich als sie die Willensbestimmung bezüglich des Testamentes beeinflussen: denn in dieser Beziehung werden jetzt vis, dolus und error für relevant erklärt und zwar nach dem Gesichtspunkte der voluntatis ratio: nicht um der Vermögensschädigung willen des Betroffenen, als vielmehr um der Störung willen, die sie auf die Willensbestimmung ausüben.

Endlich tritt in der gegenwärtigen Periode auch die Tendenz zu Tage, selbst die den beiden ersten Positionen der aequitas angehörigen Untersätze an die bon. fid. actio als ihr Centrum anzuknüpfen. Allein diese Thatsache, die in Buch II zu constatiren ist, bleibt ohne Einfluß und Rückwirkung auf die historische Entwicklung im Allgemeinen der Principien.

§ 55.

Die Form der juristischen Willenserklärung bei dem Rechtsacte.

Die erste Position der aequitas, welche auch die unformale Willenserklärung als die Form der juristischen Willenserklärung anerkennt, findet ihr ursprüngliches Herrschaftsgebiet in dem unsolennen Rechtsacte. Und dieses Gebiet wird während des gegenwärtigen Zeitraumes um ein Bedeutendes erweitert, indem eine große Anzahl unsolenner Rechtsgeschäfte neu geschaffen werden. Und zwar sind dies theils Geschäfte, welche ganz neue Verkehrsfunktionen versehen, wie der Superficiar-Vertrag, das pactum hypothecae, die sogenannten Innominatcontracte (A. 476[a]), das constitutum debiti proprii, die allerdings nur mit Exception bewehrten nuda pacta, die assignatio liberti[486]), die repudiatio hereditatis; theils aber auch sind es Geschäfte, welche die gleiche Verkehrsfunction versehen, wie entsprechende solenne Geschäfte, und welche sonach neben und in Concurrenz mit den Letzteren treten. Und hierher gehören wiederum die manumissio minus solennis der lex Junia Norbana, das pactum dotale[487]) neben der cautio rei uxoriae, das depositum,

486) Ulp. 14 ad Sab. (D. XXXVIII, 4, 1. § 3): assignare autem quis potest quibuscunque verbis vel nutu vel testamento; I. Just. III, 8, 3. Theoph. in h. l.

487) Pap. 1 Resp. s. tit. de Pactis (Huschke, Jurispr. Antei. 351):

commodatum und pignus (A. 478), die Bestellung des processualischen procurator[488]) neben der des cognitor, das constitutum debiti alieni und mandatum qualificatum neben der adpromissio, das fideicommissum[489]), die pro herede gestio und hereditatis aditio neben der cretio[490]). Anderntheils wiederum gingen in der gegenwärtigen Periode nicht allein mannichfache solenne Rechtsgeschäfte völlig unter, wie nexum und nexi liberatio, Expensilation und literale Acceptilation, confarreatio, diffarreatio, coëmtio mit ihrer remancipatio, sondern es wurden auch andere solenne Geschäfte ihrer Solennität entkleidet, so indem die alte Nuncupations-Solennität der

---

inter virum et uxorem pacta non solum verbis, sed et voluntate (s. A. 135) contrahentium constituuntur. Dasselbe ist jedoch nudum pactum: Paul. sent. rec. II, 22, 2. bis auf Th. et Val. in C. Th. III, 13, 4. s. A. 695.

488) Gai. IV, 84: procurator — nullis certis verbis in litem substituitur, set ex solo mandato, et absente et ignorante adversario constituitur.

489) Ulp. fr. XXV, 1—3: fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur; nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: fidei committo, peto, volo dari et similia. Etiam nutu relinquere fideicommissum usu receptum est. Licin. Ruf. 5 Reg. (D. XL, 5, 16): per fideicommissum libertas dari potest ita, — ut vulgaribus verbis — — exprimi possit. A. 492. 516. 658.

490) Die p. her. gestio und unsolenne hered. aditio gehören erst dieser Periode an: in der vorigen Periode werden hered. adire und cernere völlig synonym gebraucht, so hereditatem cernere schlechthin Varr. LL. VII, 5, 98. Auct. ad Her. IV, 53, 67. Cic. ad Fam. IX, 14, 4. Sen. fr. 88. III, 434. Haase, Pseudo-Quint. Decl. 261. vgl. 12, 9; und von der hered. ex testamento Varr. LL. VI, 8, 81. Cic. de Orat. I, 22, 101. de leg. agr. II, 15, 40. ad Att. XI, 2, 1. 12, 4. XIII, 46, 3. 47, 1. test. Dasum. lin. 5. 11. 12., sowie unbestimmt Cic. de Att. VI, 1, 10. Plin. H. N. II, 26, 95. Dagegen hereditatem adire schlechthin Cic. p. Qu. Rosc. 18, 55. p. Arch. 5, 11. Phil. II, 16, 42; und von den hered. ex testamento Cic. de leg. agr. II, 16, 41. in Verr. II, I, 48, 125. de Off. III, 24, 93. Plin. et Trai. Ep. 75, 2, sowie unbestimmt Cic. ad Att. XIV, 10, 3. Vgl. A. 223. Vering, Erbr. 490. A. 1. — Wegen der hered. aditio: Gai. II, 167: nuda voluntate; Maec. 5 Fideic. (D. XXXVI, 1, 65. § 3.: nutu; Diocl. et Max. im C. Just. VI, 30, 6: ex sola animi destinatione. Ueblich war der Ausdruck adeo: Afric. 4 Quaest. (D. XXIX, 2, 51. § 2).

tutoris auctoritatis interpositio (A. 222) völlig aufgegeben ward (A. 492). Bei allen unsolennen Geschäften aber erkennt die gegenwärtige Periode jedwede gemeinverständliche[491]) und so insbesondere auch die stillschweigende Willenserklärung als statthaft und zureichend an[492]), ja statuirt auch die Möglichkeit einer inactiven Willenserklärung (§ 15 a. E.).

Während so daher die Sphäre des strictum ius beschränkt wird, so erfährt dieselbe nur ganz ausnahmsweise eine Erweiterung durch Schaffung neuer Rechtsgeschäfte mit solennen Formeln, wie z. B. in der cessio bonorum der lex Julia (A. 694).

Zugleich greift aber auch die aequitas über auf den solennen Rechtsact, somit in das Gebiet des strictum ius selbst, hier nun die Consequenzen des rigor in seinen einzelnen Sätzen abschwächend oder zerstörend.

Allerdings zwar wird bezüglich des absoluten Bestandtheiles des Rechtsactes: der certa, solennia, civilia, legitima verba das Erforderniß einer genauen Reproduction der Formel noch ausgesprochen von

Pomp. 16 ad Sab. (D. L, 17, 27): nec ex praetorio, nec ex solenni iure privatorum conventione quicquam immutandum est;

sowie hinsichtlich der solennen Rechtsgeschäfte insbesondere von

491) Paul. 32. 33 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. § 1. 2. XVIII, 1, 1. § 2), 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 35 § 2), Modest. 2 Reg. (D. XLIV, 7, 52. § 9).

492) Vgl. A. 409. Dagegen bei assignatio liberti: A. 486; bei manumissio minus sol.: Justin. im Cod. VII, 6, 1. § 5. 9. 10. 11; beim Fideicommiß: A. 489. Paul. sent. rec. IV, 1, 6a. (D. XXXII, 1, 21. pr.), Diocl. et Max. im C. Just. VI, 42, 22; in der pro herede gestio; bei der hered. aditio: A. 490; bei der repudiatio hereditatis: Paul. 4 Sent. (D. XXIX, 2, 95): recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis; endlich allgemeiner Modest. 2 Reg. (D. XLIV, 7, 52. § 10). Anders die vorhergehende Periode: § 47 a. E. — Dem entsprechend wird beim Fideicommiß die Auslassung des regierenden Verbum, wie volo u. dergl. für irrelevant erklärt von Gord. im C. Just. VI, 42, 10, während wiederum die tut. auctor. interpositio ebenso durch bloße praesentia, somit stillschweigend, wie auch schriftlich ertheilt werden konnte: Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVI, 8, 1. § 1), Gai. 12 ad Ed. prov. (D. eod. 9. § 6).

Cels. 38 Dig. (D. XLV, 1, 99. pr.): quicquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, omissum intelligendum;

und ebenso hinsichtlich der Legisaction insbesondere von Quint. J. O. VII, 3, 17. Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 6), Gai. IV, 30. Ulp. 8 ad Ed. (fr. Vat. § 318) (s. § 2 unter c—e); allein selbst dieser allgemeine Satz findet bereits im Allgemeinen eine Abschwächung in dem Rescripte des Antoninus Pius bei

Marcell. 3 Dig. (D. IV, 1, 7. pr. und L, 17, 183): etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.

Insbesondere aber, was zunächst die von dem rigor verpönte Vertauschung des solennen Wortes mit Synonymen betrifft, so ward dieser Satz theils abgeschwächt dadurch, daß man neben dem altüberlieferten solennen Worte Parallelformeln anerkannte und zuließ, theils aber auch gänzlich aufgegeben, indem man das Erforderniß eines typischen Stichwortes völlig fallen und jedes vulgäre Wort an dessen Stelle zuließ. So daher finden wir, wie zuvörderst bei dem Testamente neben die alten typischen Stichworte mit ihrer imperativen Redeweise mehr und mehr Formeln treten, in denen eine assertorische Haltung des Ausdruckes jenes Apodiktische verdrängt; und so zwar zunächst bei der heredis institutio, wo neben dem alten solennen Stichworte: heres esto zuerst in dem Zeitalter der Antonine die Formel heredem esse iubeo zugelassen wird und weiterhin hierneben noch die Formeln: hereditatis meae dominus esto und heres sit, wogegen die Zulässigkeit der Formeln: heredem instituo und heredem facio bestritten blieb (§ 2 unter g). Ebenso bei der exheredatio traten neben die alte solenne Formel: exheres esto in der Zeit nach den Antoninen die Formeln: exheres sit und exheres erit (§ 2 unter h), sodann aber auch nach Modest. 5 Resp. (D. XXVIII, 5, 61) die Formel: exheredavi te. Gleichermaaßen bei der tutoris datio lautete die alte solenne Formel: liberis meis tutorem do lego, woneben man nun in der Zeit der Antonine die Formel zuließ: liberis meis tutor esto (§ 2 unter i). Nicht minder beim Vindicationslegate stellte man neben die alte Formel:

L. Titio — do lego[493]) oder L. Titius — optato die Formeln L. Titius — (sumito oder sibi habeto oder capito oder eligito[494]), und beim Damnationslegat ließ man neben der alten Formel: heres meus L. Titio — dare damnas esto[495]) die Formeln zu: dato[496]), det oder heredem meum L. Titio — dare iubeo

493) Gai. II, 193. Ulp. fr. XXIV, 3. Paul. Sent. rec. III, 6, 6. So bei Javol. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 2, 41), Cels. 9 Dig. (D. XXXII, 1, 79. § 1), Jul. 32. 33 Dig. (D. XXX, 1, 81. § 2. 5. 8. fr. 84. § 12. XXXIII, 5, 9. pr. XL, 4, 15), Pomp. 6 ad Sab. (D. XXXIII, 7, 15. pr.), Scaev. 3 Resp. (D. XXXI, 1, 88. § 8. XXXIII, 7, 20. § 1), 16. 17. Dig. (D. XXXIV, 3, 28. § 2. XXXII, 1, 102. § 3), Gai. 2 ad Ed. Urb. (D. XXXIV, 4, 5), 13 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 1, 69), Marcell. Resp. (D. XXXIV, 2, 6. pr. XXXV, 1, 36. pr.), Pap. 7 Resp. (D. XXXII, 1, 91. § 3), Ulp. 5 Disp. (D. XXXV, 1, 19. § 1), 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 34. § 15), Paul. 2 ad Vit. (D. XXXII, 1, 78. § 6), 6 ad l. Jul. et Pap. (D. eod. 89), de Assign. lib. (D. XXXIV, 2, 30), Marcian. 6 Inst. (D. XXXV, 1, 33. § 3), Modest. 7 Diff. (D. XXXV, 1, 52). Daher bezeichnete man solches Legat auch durch do lego legatum oder legare, so Ulp. 17 ad Sab. (fr. Vat. § 75. 83. 86. 87), Paul. 1 Man. (fr. Vat. § 47. 57).

494) Gai. II, 193. Ulp. fr. XXIV, 3. 14. und so sumito bei Scaev. 17 Dig. (D. XXXII, 1, 35. § 1) und sibi habeto bei Alfen. Var. 5 Dig. (D. XXXIII, 8, 14), Lab. 2 Post. (D. XXXII, 1, 29. § 4), Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 34. § 14); sowie Aufid. bei Lab. 2 Post. (D. XXXIII, 5, 20): sumito sibique habeto. Wegen optato s. Paul. 2 Ep. Alf. Dig. (D. XXXV, 1, 28. § 1) vgl. S. 180.

495) Gai. II, 201. Paul. sent. rec. III, 6, 6. So bei Quint. J. O. VII, 9, 9. 12. Cels. 22 Dig. (D. XXXIV, 5, 25), Jul. 33 Dig. (D XXX, 1, 82. § 5. fr. 84. § 1), 1 ex Min. (D. XXX, 1, 105), 1 ad Urs. Fer. (D. XXXII, 1, 63), Afric. 2 Quaest. (D. XXXV, 1, 31), Scaev. 16 Dig. (D. XXXII, 1, 34. § 1), Ulp. 13 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 2, 64), 15. 24 ad Sab. (D. XXX, 1, 19. pr. XXXIV, 4, 3. pr.), Paul. 3 Reg. (D. XXX, 1, 122. § 1), 4 ad Plaut. (D. XXXI, 1, 3).

496) Gai. II, 201. Ulp. fr. XXIV, 4. So schon bei Auct. ad Her. I, 12, 20. Cic. de Inv. II, 40, 116. Alfen. Var. 2 Dig. (D. XXXIII, 1, 22) und so auch bei Lab. 2 Post. ((D. XXXII, 1, 29. § 2. fr. 30. § 2. 5. XXXIII, 1, 17. § 1. XXXIII, 4, 6), Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 1 fg.), Cels. 6. 34 Dig. (D. XXXI, 1, 15. 27), Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXX, 1, 104. § 1), de Ambig. (D. XXXII, 1, 62. XXXIV, 5, 13. § 1), 33. 35. 37. 70 Dig. (D. XXX, 1, 6. 84. pr. § 7. 9. 10. XXXVI, 2, 16. pr. XXXIV, 4, 10. § 1. XXXVI, 2, 19. pr. § 1), Pomp. 7 ex Plaut. (D. XXXI, 1, 11. § 1. fr. 13. pr.), 3. 5 ad Qu. Muc. (D. XXXI, 1, 43. § 3. XXXVI, 2, 22. § 1. 2), 2. 3. 5. 6. 7 ad Sab. (D. XXX, 1, 8. § 1.

oder facito oder partito, dividito[497]), während man beim legatum per praeceptionem neben die alte Formel: L. Titi oder L. Titius — praecipito, sumito tibique oder sibique habeto[498]) die Formel stellte: sibi praecipiat, sumat, habeat[499]). Sodann bei manumissio testamento traten neben das alte liber esto die Formeln liberum esse iubeo und liber sit (A. 31), während neben die Erbeinsetzungsformel: liber heresque oder liber et heres esto die Formeln traten: liber esto et, quum oder si oder postquam liber erit oder dergl., heres esto (A. 36).

Sodann bei der Stipulation war von Alters her das technische Stichwort gegeben: spondesne dari? spondeo, welches jedoch bereits die vorhergehende Periode fallen ließ in der Formel: dabisne? dabo, wie andrerseits mit den Parallelformeln: fide tua promittis und fide tua esse iubes versehen hatte (§ 47); die gegenwärtige Periode stellte nun daneben noch die Formeln facies? promittis? mihi erunt? wie fidei tuae erit? (Beil. XIX § VII unter VII). Und wiederum bei der nuncupativen Acceptilation trat neben die alte Formel acceptum habeo die Formel acceptum facio (A. 69).

---

fr. 24. pr. XXXV, 1, 4. § 1. fr. 8. XXXVI, 2, 13. XXXII, 1, 54), Afric. 2. 5 Quaest. (D. XXXV, 1, 31. XXX, 1, 108. § 7), Maecian. 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 13), Marcell. Resp. (D. XXX, 1, 123. § 1), 28 Dig. (D. XXXI, 1, 50. § 2), Pap. 1 Def. (D. XXXV, 1, 79. pr. § 1. 4), 7 Resp. (D. XXXI, 1, 76. § 3. XXXV, 1, 77. § 2), 17. 18 Quaest. (D. XXXV, 1, 71. § 3. fr. 72. § 4. 8), Ulp. 5 Disp. (D. XXXV, 1, 19. § 2), 15. 19. 20. 24. 33 ad Sab. (D. XXX, 1, 14. 17. 30. pr. 32. pr. XXXIII, 4, 3. § 1. 3. 4. 8. 10. XXXVI, 2, 14. § 1. XXXIII, 7, 13), Paul. de Form. test. (D. XXXII, 1, 98), 6 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXVI, 2, 24), 2 ad Vit. (D. XXXI, 1, 12. § 1. XXXVI, 2, 21. § 1), 10 Quaest. (D. XXXI, 1, 82. § 1), 1 ad Sab. (D. XXX, 1, 5. § 1), 2 Epit. Alf. Dig. (D. XXXV, 1, 28), Marcian. 6 Inst. (D. XXXIV, 5, 14), Modest. Heurem. (D. XXXIII, 2, 19), Val. 1 Fideic. (D. XXXV, 1, 89).

497) Javol. 7 Epit. (D. XXXI, 1, 41. § 1). — Ulp. XXIV, 4. — Ulp. XXIV, 25, welche Formel allerdings bereits der vorigen Periode angehört: Cic. p. Cluent. 7, 21.

498) Prob. Einsiedl. p. 276 no. 41: P(raecipito), S(umito) T(ibi) Q(ue) H(abeto); Not. Magnon. p. 298 no. 15 und Not. Pap. p. 326. no. 47. Scaev. 3 Resp. (D. XXXIII, 8, 26).

499) Scaev 3 Resp. (D. XXX, 1, 88. pr.) vgl. A. 505.

In der gleichen Maaße ließ man sodann in mannichfachen Beziehungen von der Strenge des alten Satzes nach, daß die Auslassung von Formeltheilen, sei es ganzer Sätze oder nur einzelner Worte, den Act nichtig mache. Denn so, während die heredis institutio durch Titium heredem esse (om. iubeo) noch von Julian, und die institutio: Titius (om. heres esto) von Marcell für nichtig erklärt wurde, wird die erstere Einsetzung von Ulpian, die letztere dagegen, ebenso wie die Einsetzung durch Titius heres (om. esto) und Titius esto (om. heres) durch ein Rescript von Anton. Pius für gültig erklärt[500]. Dagegen die Substitution auf: Si mihi Seius heres non erit, Sempronius heres esto wird, dafern die Institution: Seius heres esto fehlt, von Javolen, Aristo, Pomponius, Arrian und Ulpian für ungültig, von Pegasus dagegen für gültig erklärt[501]. Sodann bei der tutoris datio ließ man die Formel zu: liberis meis tutorem do, sonach mit Auslassung von lego (A. 26) und gleichermaaßen beim Vindicationslegate statt do, lego (A. 493) ebenso do[502], wie lego[503]) schlechthin. Nicht minder ward das Damnationslegat: heres meus X Lucio damnas esto (om. dare) für gültig erklärt[504], während bei dem Präceptions-

500). Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 5—7) s. § 2 unter g. § 10 a. E. A. 165. 166; ebenso auch Diocl. et Max. im C. Just. VI, 23, 7 und im Allgemeinen Pap. 19 Quaest. (D. XXXI, 1, 67. § 9), 8 Resp. (D. eod. fr. 77. § 22).

501) Ulp. 7 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 19) s. § 10 a. E. vgl. § 2 unter f.

502) Gai. II, 193 und so Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. XXXI, 1, 45. pr.), Gai. l. 2. de Leg. ad Ed. Praet. (D. XXX, 1, 65. pr. § 1. XXXV, 1, 17. § 2), 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIII, 1, 8), Pap. 7 Resp. (D. XXXII, 1, 91. § 1).

503) So schon Alfen. Var. 8 Dig. (D. XXXIII, 2, 40), und so auch Jav. 7 Ep. (D. XXXI, 1, 41. pr.), Cels. 37 Dig. (D. XXXI, 1, 30), Proc. 5 Ep. (D. XXXI, 1, 46), Jul. de Ambig. (D. XXXIV, 5, 13. pr.), 32 Dig. (D. XXX, 1, 81. § 4), Pomp. 6 ad Sab. (D. XXX, 1, 36. pr.), Afric. 6 Quaest. (D. XXX, 1, 109. pr.), Scaev. 15 Dig. (D. XXXIII, 2, 32. pr.), Marcell. 13 Dig. (D. XXXI, 1, 23), Gai. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIII, 1, 8), 2 de Leg. ad Ed. Praet. (D. XXXV, 1, 17. § 1), Pap. 7 Resp. (D. XXXI, 1, 76. § 1. XXXV, 1, 77. pr.), 18 Quaest. (D. XXXV, 1, 72. § 5), Ulp. 5 Disp. (D. XXX, 1, 75. § 2), Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXI, 1, 8. § 1), Modest. de Heurem. (D. XXXIII, 2, 19).

504) So schon Alf. Var. 2 Dig. (D. XXX, 1. 106) s. § 22.

legate wiederum die volle Form auf praecipito, sumito tibique habeto (A. 498) durch Auslassung bald von einem, bald von zweien dieser Verba verkürzt wurde [505]). Ferner gestattete man eine tutoris datio, wie heredis institutio des Sclaven sine libertate d. h. ohne ausdrückliche und unter stillschweigender Manumission [506]), wogegen die sine libertate ausgesprochene Honorirung mit Legat oder Fideicommiß ungültig blieb [507]).

Endlich ward auch die volle Form der nuncupativen Acceptilation auf habeo acceptum acceptumque tuli zuerst in habeo acceptum und weiterhin in habeo verkürzt (A. 69).

Was sodann die Umstellung von Wort oder Satz, somit die Abänderung der in der Formel gegebenen Wortfolge betrifft, so wird auch hierin von der alten Strenge des rigor abgegangen und solche Umstellung nachgesehen, so bei der Erbeinsetzung des Sclaven, wo man neben liber heresque esto auch die Formel nachließ heres liberque esto (§ 2 unter l), womit übereinstimmend bereits Alf. Var. 5 Dig. (D. XXXIII, 8, 14) die Honorirung für gültig erklärt: servus meus peculium suum, quum moriar, sibi habeto liberque esto. Ebenso stellte man beim Damnationslegate das dare damnas esto (A. 495) auch um in damnas esto dare, und ähnlich beim

505) Scaev. 6 Dig. (D. XXXIII, 7, 27. § 3): praecipito tibique habeto; Pap. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 77. § 19): praecipiat sibique habeat; Scaev. 3 Resp. (D. XXXI, 1, 88. § 3) u. Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIV, 2, 32. § 4): e medio sumito sibique oder tibique habeto; sodann praecipito oder e medio praecipito oder praecipiat bei Scaev. 15 Dig. (D. XXXIII, 2, 32. § 6), 3 Resp. (D. XXXI, 1, 88. § 1. 2), Gai. II, 216. 2 de leg. ad Ed. Praet. (D. XXXV, 1, 17. § 3), Ulp. XXIV, 6; endlich e medio sumito oder sibi sumat: Scaev. 22 Dig. (D. XXXII, 1, 41. § 3), 3 Resp. (D. XXXIII, 4, 17. pr.), Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXV, 1, 12).

506) Tutoris datio: Ulp. 36 ad Sab. (D. XXVI, 2, 10. § 4), Paul. 9 Resp. (D. eod. 32. § 2), Valer. et Gall. im C. Just. VII, 4, 9. Justin. im Cod. VI, 27, 5. pr. u. Inst. I, 14. 1. — Heredis institutio: Atilicinus nach J. Just. II, 14. pr.; anderer Ansicht aber Gai. II, 186. 187, während wiederum Ulp. XXII, 7—10. 12. 3 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 5. pr.) und andere Juristen (s. Inst. cit.) die Erbeinsetzung sine libertate lediglich bezüglich des fremden, nicht aber des eigenen Sclaven zuließen. Der Ansicht des Atilicinus trat endlich bei Justin. im Cod. VI, 27, 5. pr. § 1. Inst. I, 6, 2. II, 14. pr.

507) M. Anton. Phil. im C. Just. VI, 27, 1. Pap. 15 Quaest. (D. XXVIII, 5, 76), Justin. im Cod. VI, 27, 5. § 2.

Präceptionslegat, wo man neben praecipito, sumito sibique habeto (A. 498) auch e medio sumito, praecipito sibique habeto zuließ [508]).

Ungleich weiter greifend waren jedoch die Umstellungen, die man in der Aufeinanderfolge der testamentarischen Dispositionen gestattete: denn während von Alters her das Testament mit der heredis institutio zu beginnen hatte und alle vorausgestellten anderen Dispositionen nichtig waren (A. 21), so statuirte zunächst Labeo und seine Schule als zulässig, die tutoris datio voranzustellen, was jedoch die Sabinianer bestritten; sodann ließ Trajan die Vorausstellung der namentlichen Enterbung zu [509]), während späterhin auch das fideicommissum, wie die confirmatio codicillorum vorausgeschickt werden durften [510]). Dagegen bezüglich der Legate und Manumissionen [511]), wie der Substitutionen [512]) hielt man an der alten Regel fest, daß diese bei Gefahr der Nichtigkeit der heredis institutio nachzustellen waren.

Endlich den annullirenden Effect ungehöriger Zusätze oder Einschiebungen beseitigte man durch das Axiom: superflua non

---

508) Damnationslegat: Ulp. XXIV, 4; so schon bei Alfen. Var. 2 Dig. (D. XXX, 1, 106) und so auch bei Lab. 2 Post. (D. XXXIII, 1, 17. pr.), Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXX, 1, 104. pr. § 3. 5), 34 Dig. (D. XXXIII, 4, 3), Pomp. 4. 8 ad Qu. Muc. (D. XXXI, 1, 44. XXXIII, 1, 7. pr.), Ulp. 5 ad Sab. (D. XXX, 1, 4. § 1), 8 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXI, 1, 51. pr.), 5 Disp. (D. XXXV, 1, 19. § 1), Paul. 8. 9 ad Plaut. (D. XXXIV, 2, 7. 8), 10 Quaest. (D. XXXIV, 3, 25), 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIV, 4, 6. § 1). Daneben auch damnas esto reddere, was zugleich unter den Gesichtspunkt der Wortvertauschung fallend, bereits von Cascell. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXII, 1, 100. pr.) für gültig erklärt wird. Endlich dann damnas esto ei restituere vel actionem ei remittere: Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIV, 3, 9), d. e. liberare: Modest. 9 Reg. (D. eod. 19), d. e. non petere: Paul. 10 Quaest. (D. eod. 25). — Präceptionslegat: Paul. 13 Resp. (D. XXXII, 1, 95. pr.).

509) Gai. II, 231. — Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1 pr.) und, darauf bezüglich, 3 ad Sab. (D. XXVIII, 3, 3. § 2); vgl. Gai. II, 127 und dazu Huschke, Gaj. 40 fg. Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 3. § 3).

510) Ulp. fr. XXV, 8. — Marcell. Resp. (D. XL, 5, 56).

511) Gai. II, 229. Ulp. fr. XXIV, 15. Paul. sent. rec. III, 6, 2. J. Just. II, 20, 34. — Gai. II, 230. Ulp. fr. I, 20 21. J. Just. cit.

512) Ulp. 6 ad Sab. (D. XXVIII, 6, 2. § 4).

nocent[513]), wovon Anwendungen sich finden hinsichtlich der Testamente, Legate, Stipulationen und cognitoris datio[513a]).

Noch weit tiefer greifend war aber die Zersetzung der solennen Formel bei den familienrechtlichen Geschäften. Zunächst bei der manumissio per vindictam, wo schon von Alters her der Herr stillschweigend sich verhalten konnte (A. 36), scheint man auch die solenne Formel der anderen beiden Functionäre immer nachlässiger gehandhabt zu haben, so daß zuletzt als das wesentliche Element juristischer Solennität der dem Sclaven ertheilte Backenstreich und das Herumdrehen desselben angesehen ward[514]. Ebenso gelangte man bei der Adoption bereits zu Ausgang des 2. Jahrh. dazu, die Rede des in adoptionem dans überhaupt für entbehrlich zu erklären und in solchem Falle, wie im Allgemeinen dann, wenn ein Fehler in dem Adoptionsacte begangen war, die confirmatio principis, gleich wie bei der tutoris datio (A. 524) nachzulassen[514a]. Und wie hier, so werden wir eine nachlässige Handhabung der Formel auch bei der Emancipation voraussetzen dürfen, obwohl hier, wie bei der Adoption immer noch alle einzelnen Acte, aus denen dieselben sich zusammensetzen, zur äußeren Darstellung gelangten[514b]). Dagegen die alte Arrogationsform ward allmählig verdrängt durch die Form der Einholung der auctoritas des Kaisers, woraus die Form per rescriptum principis

---

513) Arcad. et Hon. im C. Th. IV, 4, 3. August. C. D. IV, 27 und ähnlich Pap. 3 Resp. (D. L, 17, 81): quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, ius commune non laedunt; Ulp. 2 Fideic. (D. L, 17, 94): non solent, quae abundant, vitiare scripturas.

513a) Testament: Arc. et Hon. in Anm. 516 cit. Vindicationslegat auf: do lego darique iubeo: Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXIII, 7, 12. § 43.). Stipulation auf: arma virumque cano, spondeo! bei Flor. 8 Inst. (D. XLV, 1, 65). Cognitoris datio: Ulp. 8 ad Ed. (fr. Vat. § 318).

514) Vgl. Rein, Priv. Rt. 571. A. 2. 3. Unterholzner in Ztschr. f. gesch. R. W. II, 154 fg. So erklärt sich auch, daß man die Manumission des Magistrates vor sich selbst zuließ, wo Partei und ius dicens Eine Person sind, eine Praxis, welche bereits Javol. aufbrachte: Jul. 42 Dig. (D. XL, 2, 5) vgl. Ulp. 2 de Off. Cons. (D. XL, 2, 20. § 4).

514a) Callistr. 2 Inst. (D. I, 7, 29), Marcell. 26 Dig. (D. I, 7, 38).

514b) Dies ist die actus solemnitas, der solennis iuris ordo bei Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 49, 3. 48, 4.

sich entwickelte, welche die comitiale Arrogation zuletzt völlig verdrängte[514c]).

Was hiernächst den dispositiven Bestandtheil des Rechtsactes betrifft, so beschränkte man zwar die Unstatthaftigkeit der Beifügung von dies und condicio, hielt aber gleichwohl für eine Gruppe von solennen Acten auch in dieser Periode daran noch fest (A. 41 fg.). Dagegen hinsichtlich der Sprache, in welche der Rechtsact zu kleiden war, ließ man bezüglich der hierfür maaßgebenden Ordnung den Gesichtspunkt von rigor und aequitas gänzlich fallen und stützte vielmehr, geleitet durch praktische Rücksichten, solche Ordnung auf die Gegensätze von ius civile und ius gentium, in der Weise, daß man bei den dem ersten angehörigen Rechtsgeschäften nur die lateinische, bei den Geschäften des Letzteren dagegen auch eine peregrine Sprache zuließ, daher namentlich bei der Stipulation des ius gentium und der fideiussio insbesondere, wie bei der Acceptilation (Thl. I § 88). Und hierauf beruht denn nun auch die Zulässigkeit einer fremden Sprache bei der cognitoris datio[515]), bei Fideicommissen und Codicillen[516]), und bei Reservationen[517]),

---

514c) Vop. Aur. 14, 7 fg. Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 48, 2. 6. 8. vgl. Rein, Priv. Rt. 475, A. 3. Marquardt, r. Alt. II, 3, 190 fg.

515) Fr. Vat. § 319. Daher ist als irrig zu verwerfen, wenn Buchholtz, Vat. fragm. p. 344 die cognit. datio für iur. civilis erklärt. Das ist jedoch richtig, daß aus der Solennität dieses Actes zu entnehmen ist, daß derselbe von Vorn herein iuris civilis war und erst im Laufe dieser Periode iuris gentium wurde.

516) Wegen der Fideicommisse vgl. Gai. II, 281. Ulp. fr. XXV, 9. 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 11. pr.): fideicommissa quocunque sermone relinqui possunt, non solum latina vel graeca, sed etiam punica vel gallicana vel alterius cuiuscunque gentis [lingua]. Griechische Fideicommisse bei Scaev. 18 Dig. (D. XXXII, 1, 37. § 6), 3 Resp. (D. XXXI, 1, 88. § 15), Paul. 2 Decr. (D. XXXVI, 1, 74. pr.), Modest. 10 Resp. (D. XXXI, 1, 34. § 1); griechische Codicille bei Scaev. 16. 18 Dig. (D. XXXII, 1, 101. pr. 37. § 5), Modest. 10 Resp. (D. XXXI, 1, 34. § 7). Fideicommisse und Codicille waren von Vorn herein iuris gentium und wurden erst in dem Zeitalter Hadrians für iur. civilis erklärt (Thl. II, 852 fg.), wobei ihnen jedoch jene Licenz des ius gentium belassen wurde.

517) Ulp. 28 ad Ed. (D. XIV, 3, 11. § 3), wo von der publica proscriptio, ne cum institore contrahatur die Rede ist.

wie andrerseits die Ausschließung von solcher bei den Testamenten im Allgemeinen mit Ausnahme der Fideicommisse, sowie insbesondere bei den Legaten, den Manumissionen und der tutoris datio [518]), ingleichen endlich bei der civilen Stipulation auf spondeo [519]). Dagegen entzogen sich wiederum diesem Gesetze die Acte des Civilproceßverfahrens [520]), trotzdem daß dieses mit Ausnahme der leg. actio iuris gentium war, indem dort wieder der Gesichtspunkt durchschlug, daß das officielle Idiom der Magistrate während der ganzen gegenwärtigen Periode die lateinische Sprache war und blieb (Thl. II A. 18).

Endlich hielt die gegenwärtige Periode einerseits an dem Requisite des palam nuncupare in Bezug auf die solennen Acte noch fest [521]), während man andrerseits selbst bei den Letzteren wiederum gestattete, einzelne Willensmomente stillschweigend kund zu geben, und so zwar den Erben oder den ohne Individualbezeichnung honorirten Legatar oder den in gleicher Weise testamento Manumittirten durch stillschweigende Kundgebung individuell zu bezeichnen, wie nicht minder auch in gleicher Weise das Object der Stipulation anzugeben [522]). Ja in letzterer Beziehung erkannte man sogar an, daß ebenso der vereinbarte Inhalt des in Stipulation gekleideten Vertrages,

518) Vgl. im Allgemeinen Theod. et Valent. im Nov. Th. XVI, 1, 8 (s. A. 702); wegen der Legate insbesondere: Gai. II, 281. Ulp. fr. XXV, 9.

519) Gai. III, 93. vgl. Theoph. Par. III, 15, 1.

520) Thryph. 2 Disp. (D. XLII, 1, 48): decreta a praetoribus latine interponi debent. Vgl. Dirksen, Civil. Abh. I, 65 fg.

521) Cels. 33 Dig. (D. XLV, 1, 99. pr.), Ulp. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 21. pr.), Paul. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXIX, 7, 20); s. § 2.

522) Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 8): si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, — — valet institutio. Cels. 22 Dig. (D. XXXIV, 5, 25): „Quem heredi meo dixero velle me liberum esse, liber esto"; „Cui ut dare damnas sit heres meus, dixero, ei heres meus dare damnas esto": testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda est. Ped. 1 Stip. bei Paul. 28 ad Ed. (D. XII, 1, 6): nihil referre, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur. Vgl. A. 506, wie andrerseits Paul. 19 Resp. (D. XXXIV, 5, 19), wozu vgl. Modest. 9 Resp. (D. XXXIII, 2, 18).

welcher nicht mit in die Stipulationsworte gesetzt worden war, dennoch als Bestandtheil derselben zu gelten habe, somit also ein Theil von deren Inhalt ohne solenne Rede vereinbart werden, als auch daß die mores regionis durch inactive Willenserklärung zum Inhalte der Stipulation erhoben werden konnten [523].

Die in allen jenen Momenten zu Tage tretende Zeitströmung aber einer Abschwächung des Princips der solennen Formel ward nun auch in einzelnen Beziehungen von der Legislation unterstützt; und wie bereits in der vorhergehenden Periode der Prätor die Bon. poss. aus einem Testamente gab, bei welchem die Mancipationssolennitäten nicht allseitig beobachtet waren (A. 403), so führte die lex Claudia v. 44 für die in falscher Form ausgesprochene testamentarische tutoris datio die confirmatio tutelae testam. ein. Und eine gewisse Verwandtschaft hiermit hat die Vorschrift des S. C. Neronianum, daß das wegen des unrichtigen Gebrauches einer solennen Formel nichtige Legat gelten solle „ac si optime iure legatum esset." Endlich Anton. Pius erklärte bei Schenkungen zwischen Eltern und Kindern jede Solennität für entbehrlich und auch die unformale Willensäußerung für genügend [524].

§ 56.

Fortsetzung.

Die Form der juristischen Willenserklärung bei dem zweiseitigen, wie bei dem bezüglichen Rechtsgeschäfte insbesondere. Die documentale Form der Rechtsgeschäfte.

Hinsichtlich des zweiseitigen Rechtsgeschäftes stellte der rigor das Erforderniß, daß solches in consonirende Worte sich zu kleiden habe (§ 3), während die aequitas auch hier eine

523) Paul. 15 Resp. (D. XLV, 1, 134. § 1): plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur; 3 ad Ed. (D. II, 14, 4. § 3). — Ulp. 45 ad Sab. (D. L, 17, 54): semper in stipulationibus — — id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur.

524) Hänel, Corp. Leg. 46 b und 56 a. — Diocl. et Max. in fr. Vat. 314. Constant. im C. Th. VIII, 12, 4. Paul. sent. rec. IV, 1, 11. vgl. Schilling, Inst. § 358. b.

unformale Willenserklärung statuirte (§ 16). Jenes Postulat des rigor ward nun in der gegenwärtigen Periode bei der Stipulation, bezüglich deren allein Quellenzeugnisse zu Gebote stehen, vollständig beseitigt mit der alleinigen Beschränkung, daß lediglich die stillschweigende Willenserklärung ausgeschlossen blieb, in Uebrigen aber die formale Dissonanz der gebrauchten Stipulationsworte nicht mehr als Hinderniß des rechtsgültigen Vertragsabschlusses anerkannt wurde.

Und zwar zunächst den absoluten Theil der Stipulation: das Stichwort oder dessen Stellvertreter betreffend, so gestattete man nicht allein, daß der Interrogant und Respondent verschiedener Stichworte sich bedienten und z. B. auf die Frage dari spondes? die Antwort dabo erfolgte, sondern man gab für die Antwort sogar jedes Bejahungswort frei [525].

Für den dispositiven Theil dagegen sah man nach, daß der Interrogant und Respondent gleichermaaßen formal verschiedener, wenn nur real übereinstimmender Worte sich bedienten und somit sei es das Subject, sei es das Prädicat oder auch die Copula durch verschiedene Worte ausdrückten [526], oder auch verschiedener Sprachen sich bedienten [527].

Endlich das Princip der Correspondenz der Form bei bezüglichen Rechtsgeschäften war bereits in der vorhergehenden Periode in der transscriptio a re in personam, expromissio, delegatio und fideiussio nicht festgehalten (§ 47) und wurde nun in der gegenwärtigen anderweit aufgegeben, indem für die iurata promissio operarum liberti die Acceptilation für

525) Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 2): si quis ita interroget: „Dabis"?, et responderit: „Quidni"? is uterque in ea causa est, ut obligetur. Dem Gai. III, 92. 93. ist solche Freiheit noch unbekannt.

526) Gai. 2 de V. O. (D. XLV, 1, 141. § 3), Paul. sent. rec. V, 7, 2a (D. XLV, 1, 136. pr.), Florent. 8 Inst. (D. XLV, 1, 65. § 1): si in rei, quae promittitur, aut personae appellatione varietur, non obesse placet; nam stipulanti denarios eiusdem quantitatis aureos spondendo obligaberis, et servo stipulanti Lucio domino suo, si Titio, qui idem sit, daturum te spondeas, obligaberis. Dann auch der Fall von § 18 unter B.

527) Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 6): eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest, etc. J. Just. III, 15, 1. Theoph. in h. l.

zulässig erklärt [528]), und nicht minder auch gegenüber der solennen Obligation die solutio als ein ipso iure wirkender Aufhebungsgrund, das pactum de petendo aber als ein die bezügliche Klage elidirender Act anerkannt ward (A. 151. 152). Immerhin aber zeigte das alte Princip des rigor darin seine Nachwirkung, daß man einen unformalen Distract nur bei Consensualcontracten, nicht aber bei Verbal- oder Literalcontracten als ipso iure wirksam anerkannte, vielmehr hier nuncupative oder resp. literale Acceptilation erforderte [529]).

Dagegen gab man jetzt auch da, wo das bezügliche Geschäft in eine im Allgemeinen correspondirende Form sich kleidete, das Erforderniß der correspondirenden Worte auf: ebenso können adstipulatio und adpromissio, wie auch die acceptilatio in andere Worte sich kleiden, als die principale Stipulation selbst [530]).

Neben allen jenen, im Obigen, wie in § 55 dargestellten Vorgängen gelangt endlich ein noch anderer hier in Betracht kommender historischer Entwicklungsproceß zum Abschlusse, der Uebergang nämlich von der nuncupativen zu der documentalen Geschäftsform, ein Proceß, dessen erste Anfänge bereits der vorhergehenden Periode angehörten und welcher hier in den Vorkommnissen zu Tage trat, daß die Niederschrift bald zur solennen Form der Willenserklärung erhoben wurde, nämlich bei dem Testamente, bald aber auch nur zur freibeliebten Kundgebung der unformalen Willenserklärung, wie auch zur Beglaubigung der kundgegebenen Willenserklärung gewählt ward (§ 47). Nach beider Richtung hin ward nun in der gegenwärtigen Periode die Verwendung der documentalen Form verallgemeinert, und zwar, was zunächst diese letztere, rein praktische Funktion der Niederschrift betrifft, so dient solche, bei den wichtigeren Geschäften angewendet, auch jetzt dem doppelten Zwecke ebenso einer Kundgebung der unformalen Willenserklärung, wie auch der Bekundung einer bereits ver-

---

528) Ulp. 50 ad Sab. (D. XLVI, 4, 13. pr.).

529) Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLVI, 3, 80), Ulp. 48 ad Sab. (D. L, 17, 35).

530) A. 84. 85. — Pomp. 27 ad Sab. (D. XLVI, 4, 15).

lautbarten Willenserklärung und ihres Inhaltes, sei es nun, daß hierbei einfach die dauernde Fixirung dieses geschäftlichen Inhaltes oder daß zugleich die Gewinnung eines schriftlichen Zeugnisses für das durch Unterschrift anerkannte Rechtsverhältniß beabsichtigt wird [581]). Die Form aber solcher Niederschrift ist eine doppelte, einestheils der epistola: in Briefstyl gehalten [582]), und sodann der tabula, auch tabella, oder des instrumentum [583]): im Urkundenstyl gehalten [584]).

Beide Formen nun finden die weiteste Verwendung zu den zahlreichsten Rechtsgeschäften (s. § 16), so die epistola für die Manumission, wie für Eingehung der Ehe und für die gestio tutoris [585]), für das pactum hypothecae, wie Fideicommiß [586]), für donatio [587]), venditio und locatio [588]), mandatum [589]),

---

581) Ueber die römischen Urkunden vgl. Gneist, Form. Vertr. 329 fg. Dieselben werden je nach der Besonderheit ihres Inhaltes besonders prädicirt theils als cautio im eigentlichen Sinne d. h. Stipulationsurkunde: Gneist a. O. 239 fg. vgl. 233 fg. 329 fg.; theils als chirographum oder syngraphum d. h. Urkunde, wodurch der Schreiber sich zu einer obliegenden Rechtsverbindlichkeit bekennt: Gneist a. O. 331 fg. 413 fg. Heimbach, Creditum 508 fg. 539 fg., sowie Thl. II A. 517; theils als apocha und antapocha, Quittung und Gegenquittung: Gneist a. O. 25 fg. Vgl. Ulp. 41 ad Sab. (D. XLVII, 2, 27), Paul, sent. rec. V, 24, 5.

582) Gneist a. O. 336 fg.

583) Gneist a O. 338 fg.

584) Wegen der Unterschrift: subscriptio oder subsignatio: Gneist a. O. 350 fg. Dazu tritt vielfach die Versiegelung, obsignatio: Brisson. de Form. VI, 62; allein auch öfter die Beisiegelung, assignatio: Pers. Sat. V, 81 und Schol. in h. l., Jul. 39 Dig. (D. XXX, 1, 92. pr.), Scaev. 10 Dig. (D. XXVI, 8, 20), Gord. im C. Just. IV, 51, 2, Sev. Al. das. XI, 39, 1. Vgl. Sen. de Ben. III, 15, 1. Scaev. 9 Dig. (D. XXIV, 1, 66. pr.): subscripsi et assignavi; instrum. donat. Statiae Irenes bei Zell, Del. I no. 1780. instrum. bei Paul 3 Quaest. (D. XLV, 1, 126. § 2).

585) Paul. sent. rec. IV, 12, 2. J. Inst. I, 5, 1. Theoph. in h. l. — Pomp. 4 ad Sab. (D. XXIII, 2, 5). — Modest. de Heur. (D. XXIX, 2, 50).

586) Scaev. 27 Dig. (D. XX, 1, 34. § 1). — Pap. 6. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 75. 77. § 26).

587) Epist. des C. Jul. Caedus bei Zell, del. I no. 1781, Scaev. 28. 31 Dig. (D. XLIV, 7, 61. § 1. XXXIX, 5, 35. pr.), 5 Resp. (D. XXXIX, 5, 32), Pap. 12 Resp. (fr. Vat. 263), 29 Quaest. (D. XXXIX, 5, 27),

constitutum debiti proprii, wie alieni[590]), pacta, so z. B. de non petendo und precarium, für Bekenntniß über empfangenes depositum[591]) und für stipulatio[592]). Endlich ist auch ähnlich der libellus divortii[593]).

Und ebenso finden sich tabulae, wie für das Verlöbniß, über Adoption und Manumission[594]), so auch als instrumenta dotalia und nuptialia[595]), ferner über die divisio hereditatis[596]), als instrumenta donationis[597]), emtionis oder auctoritas[598]) und locationis[599]); über societas[600]), mutui datio[601]), depo-

---

Ulp. 17 ad Ed. (D. VI, 1 77), Car. Carin. et Num. im C. Just. VIII, 54, 5. Diocl. das. c. 13. fr. Vat. 281.

588) Marc. Resp. (D. XIII, 7, 34), Gai. 12 ad Ed. prov. (D. XXVI, 8, 9. § 6), Paul 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 1. § 2). — Locatio: Gai. l. c.

589) Scaev. 1 Resp. (D. XVII, 1, 60. § 4), 6 Dig. (D. eod. 62. § 1), Ulp. 9 ad Ed. (D. III, 3, 1. § 1), Paul. 4 Resp. (D. XVII, 1, 59. § 5), 32 ad Ed. (D. eod. 1. § 1).

590) Marc. Resp. (D. XIII, 5, 24), Scaev. 1. 5 Dig. (D. II, 14, 47. § 1. XIII, 5, 31. XIV, 3, 20), 1 Resp. (D. XIII, 5, 26), Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 34. pr.). — Jul. 21 Dig. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 5. § 3), Scaev. 1 Resp. (D. XIII, 5, 26).

591) Lab. bei Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 2. pr.), Ulp. 27 ad Sab. (D. XIII, 5, 14. § 3). — Pap. 11 Resp. (D. II, 14, 41). — Gai. 26 ad Ed. prov. (D. XLIII, 26, 9). — Scaev. 1 Resp. (D. XVI, 3, 28), Pap. 9 Quaest. (D. XVI, 3, 24), Paul. 4 Resp. (D. XVI, 3, 26. § 2).

592) Paul. 7 Resp. (D. XXIV, 1, 57), Sev. Al. und Car. VIII, 38, 1.

593) Pap. 1 de Adult. (D. XXIV, 2, 7), Diocl. et Max. im C. Just. V, 17, 6.

594) Paul. 32 ad Ed. (D. XXIII, 1, 7. pr.), Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 48, 4. Martial. IX, 88.

595) Gneist a. O. 42. A. 6.

596) Scaev. 20 Dig. (D. XXVI, 8, 20), Modest. 2 Resp. (D. II, 14. 35).

597) Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 54, 23. vgl. Schilling, Inst. § 356. vv.

598) Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 6), Scaev. 5 Dig. (D. XIII, 7, 43. pr.), 2 Resp. (D. XIX, 1, 48. XXIV, 1, 58. § 2), Pap. 5 Quaest. (D. II, 14, 39), 7 Resp. bei Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXIII, 7, 12. § 45), Marc. ad form. hyp. (D. XX, 6, 8. § 15), Gord. im C. Just. IV, 51, 2. Val. et Gall. das. IV, 50, 4. Sev. und Car. das. VIII, 54, 1. Sev. Al. das. III, 1, 4. Diocl. et Max. das. IV, 19, 20. IV, 21, 3. Constant. im C. Th. II, 17, 1. § 4.

599) Hygin. de Gen. contr. 132, 11. Aggen. Urb. comm. 14, 23.

situm, hypotheca[602]) und constitutum debiti[603]), wie als Anerkennung der Paraphernal-Qualität eheweiblichen Vermögens[604]) und als Quittung[605]). Sobann auch wiederum als Documente über geschehene manumissio[606]) und mancipatio[607]), wie fiducia[608]), und endlich auch über die stipulatio, wobei es durchaus üblich ist, solches Document in referirender Rede zu halten und somit grammatisch auf die dritte Person zu stellen[609]).

Was nun die Stipulationsurkunden insbesondere betrifft, seien dieselben epistolae oder tabulae, so ist zu deren Vollständigkeit erforderlich die Bekundung der doppelseitigen solennen Rede der beiden Contrahenten (vgl. A. 609.) Dagegen die Fassung solcher Urkunden, wobei die initiative Anfrage des stipulator mit Stillschweigen übergangen und lediglich die solenne Antwort des promissor bekundet wird, wie z. B. in der epistola bei Paul. 7 Resp. (A. 592), ist lückenhaft und

---

Pap. 5 Quaest. (D. II, 14, 39), Ulp. 3 Opin. (D. L, 8, 2. § 13), Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 24 pr.), 4 Quaest. (D. XVII, 2, 77).

600) Siebenbürg. Wachstaf. bei Mommsen in Monatsber. d. Akad. d. Wiss. in Berl. 1857. S. 521.

601) Modest. 3 Resp. (D. XXII, 1, 41. § 2), Carac. im C. Just. VIII, 41, 6.

602) Paul. 4 Resp. (D. XVI, 3, 26. § 1). — Gai. de Form. hyp. (D. XX, 1, 4. XXII, 4, 4).

603) Scaev. 28 Dig. (D. XLIV, 7, 61. pr.).

604) Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 9. § 3).

605) So im Verkaufsinstrument des Bellicus, wie des Dasius bei Mommsen, in A. 600 cit. S. 519 fg. und Detlefsen in Sitzungsber. d. phil. hist. Cl. d. Akad. d. Wiss. in Wien. 1857. XXIII, 606 fg.

606) Pers. Sat. V, 81.

607) Instrum. donationis Flav. Syntrophi, Statiae Irenes und Flav. Artemidori in Zell, del. I no. 1779. 1780. 1785; vgl. Lab. 4 Poster. a Jav. ep. (D. XVIII, 1, 78. pr.).

608) C. J. L. II no 5042.

609) Gneist, a. O. 243 fg. Die regelmäßige Redewendung ist: stipulatus est Titius, spopondit Lucius, woneben sich seltener auch findet: Titio stipulanti spopondit Lucius, so bei Paul. 7 Quaest. (D. XXVI, 7, 43. § 1). Nur ausnahmsweise ist das Document auf directe Rede und zwar des promissor gestellt: stipulatus est Titius, spopondi ego Lucius, so Pap. 11 Resp. (D. XLV, 2, 11 § 2), Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40).

macht dieselbe ungeeignet, den ausreichenden processualischen Beweis der geschehenen Stipulation zu liefern, da ja ein wesentlicher Moment des Thatbestandes: die verpflichtende Rede des einen Contrahenten gar nicht bekundet, somit also dieser Moment durch andere Beweismittel zu eruiren ist. In Betreff solcher mangelhaft redigirter Stipulationsurkunden ist jedoch von Septimius Severus und Caracalla ein singulärer Rechtssatz ausgesprochen worden, der jene Anforderung des processualischen Beweisrechtes zu Gunsten jener Urkunden aufhebt durch den Satz, daß aus der Urkunde, welche die geschehene promissio des promissor bekundet, ein Inzicht dafür zu entnehmen sei, daß auch der Stipulator die entsprechende solenne Stipulations-Frage wirklich gestellt habe:

Sev. und Car. im C. Just. VIII, 38, 1 (200): licet epistolae, quam libello inseruisti, additum non sit stipulatum esse eum, cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedentem stipulationem (esse) vocem spondentis secutam;

Ulp. 47 ad Sab. (D. XLV, 1, 30. J. Inst. III, 20, 8): sciendum est generaliter, quodsi quis se scripserit fideiussisse, videri omnia solenniter acta;

Paul. 15 Resp. (D. XLV, 1, 134. § 2): quum Septicius literis suis praestiturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint, si inter praesentes actum est, intelligendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis; Sent. rec. V, 7, 2 (J. Inst. III, 19, 17): quodsi scriptum fuerit instrumento, promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit.

Hierin allenthalben aber wird, wie bemerkt, in Wahrheit lediglich ein processualisches Indicium anerkannt, nicht aber eine Abänderung der Stipulationsform ausgesprochen: die Letztere besteht nach wie vor aus der zweiseitigen typischen Rede der Contrahenten [610]), und andrerseits kann wiederum

610) Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. pr.).

jenes Indicium durch Gegenbeweis entkräftet werden [610a]) und zwar ebenso durch directen, wie auch durch indirecten Gegenbeweis, daher insbesondere auch, worauf Severus und Paul. citt. ausdrücklich hindeuten, durch den Nachweis, daß zu dem Zeitpunkte, in welchen die Urkunde die verpflichtende Rede des Promissor verlegt, der Stipulator gar nicht gegenwärtig gewesen sei. Demgemäß aber ist als irrig zurückzuweisen, wenn Gneist, formelle Verträge, aus jenen Stellen ein Mehreres entnimmt und insbesondere darin ebenso eine Fiction für Beobachtung der Stipulationsform findet [611]), wie in der Hervorhebung der praesentia der Contrahenten den letzten Ausläufer des Erfordernisses der unitas actus erblickt [612]), ja endlich auch annimmt, daß die Schrift geradezu an Stelle der nuncupativen Wechselrede getreten sei [613]). Vielmehr hat die gegenwärtige Periode durchaus keine neue documentale solenne Geschäftsform geschaffen.

§ 57.

Das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

Die Frage nach dem rechtsverbindlichen Elemente des Rechtsactes war bezüglich des unsolennen Actes bereits in der vorher-

---

610 a) Vgl. auch Valer. et Gallien. im C. Just IV, 22, 1 (259).

611) S. 256. Denn die Fiction ist ein Rechtssatz, welcher hinsichtlich eines Thatbestandes ein ebenso wahrheitswidriges, als auch im Bewußtsein solcher Wahrheitswidrigkeit gesetztes Urtheil ausspricht. Greift daher solcher Rechtssatz Platz, gleichgültig, ob der in Wirklichkeit eingetretene Thatbestand jenem Urtheile entspricht oder nicht, so liegt sicher keine Fiction vor; und dies ist im Obigen der Fall: der Satz videri omnia solenniter acta greift Platz, gleichgültig ob omnia solenniter acta sunt oder non sunt. Richtiger statuirt daher Savigny, Obl. Rt. II, 207 statt einer Fiction eine „strenge Vermuthung". Andrerseits von Arcad. Hon. et Th. im C. Th. II, 4, 6 (406) wird die Stipulationsurkunde als litterarum obligatio bezeichnet; vgl. Gothofr. in h. l.

612) S. 260; allein das Requisit der unitas actus wird voll, nicht aber in jener geschmälerten Weise aufrecht erhalten: A. 51a.

613) S. 256; allein die obigen Stellen besagen unzweideutig nur so viel, daß aus der Schrift auf die Nuncupation zu schließen sei, nicht aber daß die Erstere die Letztere ersetze. Anders in der nächsten Periode: s. A. 670.

gehenden Periode unbestritten zu Gunsten der aequitas entschieden worden: bei dem unsolennen Geschäfte im Allgemeinen ward die Willensbestimmung, bei dem zweiseitigen unsolennen Geschäfte im Besonderen ward der Consens als das rechtsverbindliche Element anerkannt (§ 48). Diese Sätze, wie die besonderen Consequenzen, daß solche Rechtsacte bei simulirter oder nicht ernstlicher Willensbestimmung nichtig, im Interpretationsfalle aber die Interpretation ex voluntate zu geben sei, bekunden daher die Quellen dieser Periode in zahlreichen Aeußerungen (§ 17. 18. 20 fg.). Namentlich aber hinsichtlich des fideicommissum werden jene Sätze mit einem gewissen Nachdrucke hervorgehoben [614]), während wiederum die manumissio minus solennis von der Gesetzgebung selbst auf die voluntas gestützt wird [615]).

Bezüglich des solennen Rechtsgeschäftes dagegen war die Frage, ob Wort oder Wille als das maaßgebende und prävalirende Element anzuerkennen sei, bereits der ausgehenden ersten Periode und zwar vornämlich auf dem Gebiete der Interpretationstheorie entgegengetreten, indem hier jene Frage namentlich von der Rhetorik angeregt worden war, und hier auch dieselbe zugleich eine ganz unmittelbare praktische Bedeutung gewann (§ 48). Eine endgültige Entscheidung war indeß weder auf theoretischem, noch auf praktischem Gebiete und weder von der Rhetorik, noch von der Jurisprudenz jener Periode erzielt worden, indem vielmehr die Juristen insbesondere in zwei dissentirende Gruppen: in Vertreter je des rigor und der aequitas sich spalteten (§ 50. 51). In der gegenwärtigen Periode nun nimmt diese Controverse ganz entschieden den

---

614) Pap. 8 Resp. (D. XXXVI, 1, 57. § 1. XXXI, 1, 77. § 12): in fideicommissis voluntatem spectari conveniat. — Ordo scripturae non impedit causam iuris ac voluntatis; Ulp. fr. XXV, 1: fideicommissum est, quod non — ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis; 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 11. § 19); Paul. de iur. cod. (D. XXX, 1, 127); Car. Carin. et Numer. im C. Just. VI, 42, 16. J. Just. II, 20, 3 (s. A. 658). Beispiele s. bei Pap. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 77. § 12. XXXV, 1, 101. pr.), Ulp. 5 Fideic. (D. XXXV, 1, 92).

615) Lex Junia Norbana v. 19: qui voluntate domini in libertate fuerit; s. Thl. II, A. 826.

Verlauf, daß die aequitas eine allseitig anerkannte und allgemeine Geltung erlangt, dem entsprechend also die Herrschaft des rigor fast vollständig beseitigt wird. Und zwar vollzieht sich solche Entwicklung auf dem doppelten Wege, daß theils ein sorgsam ausgearbeitetes System der Interpretation durchgreifend auf die aequitas gestützt und damit der voluntas das unbedingte Uebergewicht gegenüber dem verbum zuerkannt wird: und in dieser Modalität greift die Rhetorik dieser Periode in jenen historischen Proceß ein (§ 58); theils aber auch in der Weise, daß in isolirten d. h. nicht in ein eigenes System zusammengestellten, dabei aber äußerst zahlreichen Sentenzen bei Gelegenheit theoretischer Erörterungen oder praktischer Entscheidungen das actum oder der consensus gegenüber dem dictum, die voluntas oder mens gegenüber dem verbum für das rechtsverbindliche Element des Rechtsgeschäftes erklärt oder bei dessen Interpretation zur Geltung gebracht wird: und in dieser Maaße spricht namentlich die Jurisprudenz dieser Periode ihre Ansichten aus. Beispiele hierfür treten uns entgegen bei dem Testamente, wo das actum, die voluntas oder dergl. als das prävalirende Element ebenso im Allgemeinen[616]), wie auch im Besonderen bezüglich der heredis institutio[617]) und tutoris datio[618]), wie des legatum[619]) anerkannt wird und wo dem entsprechend auch in dem Interpretationsfalle die interpretatio ex voluntate Platz greift[620]): bei scriptum et voluntas[621])

616) Pomp. 3 ad Sab. (D. XXX, 1, 12. § 3): voluntas — facit, quod in testamento scriptum valeat, wozu vgl. Ulp. 4 Disp. (D. XXVIII, 5, 35, § 3); Marcell. Resp. (D. XXXII, 1, 69. pr.), Paul. 3 ad Sab. (D. L, 17, 12).

617) Ulp. 5 Disp. (D. XXXV, 1, 19. pr.), vgl. 24 ad Sab. (D. XXXIV, 4, 3. § 9).

618) Paul. 6 Quaest. (fr. Vat. 227): is datus est (sc. tutor), quem dare se testator sensit.

619) Jav. 3 ex. Post. Lab. (D. XXXIV, 5, 28): eum (sc. servum) legatum esse, quem testator legare sensisset; Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXX, 1, 104. pr.).

620) Marcell. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24): cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.

621) Lab. bei Paul. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 20. § 1) und bei

und ratiocinatio [622]), wie bei definitio [623]), ambiguum [624]) und contrariae leges [625]). Nicht minder werden bei in iure cessio [626]), mancipatio [627]), wie lex mancipii [628]) ebenso actum

Proc. 3 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 6, 16. pr.), Jav. 3 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 5, 28), Cels. bei Marcian. 3 Reg. (D. XXVIII, 5, 51. § 1), Cels. und Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr.), Jul. de Ambig. (D. XXXIV, 5, 13. § 6), Gai. 2 de Leg. ad Ed. Praet. (D. XXXV, 1, 17. pr. § 1), Pap. 7 Resp. (D. XXXI, 1, 76. § 2), Ulp. 5. 20. 39 ad Sab. (D. XXVIII. 5, 9. § 2. 4. XXXV, 1, 9. XXVI, 2, 16. § 3. 4), Modest. 10 Resp. (D. XL, 4, 44), Callistr. 2 Quaest. (D. XXXV, 1, 82).

622) Cels. 37 Dig. (D. XXXI, 1, 30), Jul. und Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. pr. § 1), Ulp. 1. 24 ad Sab. (D. XXXVIII, 5, 1. § 5—7. XXX, 1, 50. § 3).

623) Lab. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 2, 41), Proc. 5 Epist. (D. XXXI, 1, 46), bei Ulp. 22 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3. § 2), Proc. und Jav. 7 Epist. (D. L, 16, 116), Cass. bei Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXIV, 2, 8), Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 3), Cels. bei Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXIII, 6, 3. § 1). Ped. bei Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIII, 7, 18. § 3), Pomp. 4. 8. 9 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 122. XXXIV, 2, 33. 34. § 1), Scaev. 3 Resp. (D. XXXIII, 7, 20. § 2. 3), Pap. 7 Resp. (D. XXXIV, 5, 1), Ulp. 6. 18. 20. 22. 23. 44 ad Sab. (D. XXVIII, 7, 2. pr. VII, 1, 15. § 6. XXXII, 1, 73. § 3. XXXIII, 9, 3. § 3. XXXIII, 6, 9. pr. § 2. XXXII, 1, 50. XXXIV, 2, 25. § 11), 4 Disp. (D. XXVIII, 5, 35. § 3), Paul. 4 ad Sab. (D. XXXIII, 10, 3. § 5), Modest. 9 Resp. (D. XXXIII, 10, 8), Anton. Pius bei Scaev. 4 Resp. (D. XXXIV, 1, 13. § 1).

624) Lab. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 5), Jav. l. c. (D. XXXII, 1, 29. § 4), Pomp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 29), Marc. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24), Pap. 16. 18 Quaest. (D. XXXIV, 9, 12. XXX, 1, 90. pr.), Ulp. 22. 23. 24. 25 ad Sab. (D. XXX, 1, 47, pr. § 1. L. 17, 17. XXX, 1, 49. § 3), XXXIV, 3, 5. § 3. XXXIII, 9, 1. XXXIII, 8, 6. § 3), 4 Disp. (D. XXVIII, 6, 24), Paul. 6 Quaest. (s. A. 618), Marcian. 6 Inst. (L. XXXV, 1, 33. § 1), Modest. 2 Pand. (D. XXVIII, 5, 62. § 1).

625) Lab. bei Paul. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 20. § 1), Afric. 5 Quaest. (D. XXXV, 2, 88. pr. § 1).

626) Cels. 12 Dig. bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 7. § 2): si ususfructus in dotem datus sit, videamus, utrum fructus reddendi sunt necne? et Cels. — ait interesse quid acti sit; Jav. 12 Epist. in A. 627.

627) Jav. 12 Epist. (D. XLIV, 7, 55): in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; vgl. § 26 unter a. b. d.

628) Lab. bei Jav. 4 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 77); vgl. A. 409[a].

oder voluntas oder consensus als das Maaßgebende anerkannt, wie auch die interpretatio ex voluntate im Falle des scriptum et voluntas[629]), wie der ratiocinatio[630]) gegeben. Endlich wird nicht minder bei der Stipulation[631]), wie Acceptilation[632]) das actum für das rechtsverbindliche Element erklärt und consensus erfordert, wie auch ex voluntate interpretirt, so im Falle der ratiocinatio[633]), der definitio[634]) und des ambiguum[635]).

---

629) Bei mancipatio Marcell. 6 Dig. in Ulp. 28 ad Sab. (D. VIII, 4, 6. § 3): si quis in mancipando (Trib.: tradendo) dixerit fundum Titio servire, quum ei non serviret, esset autem obligatus venditor Titio ad servitutem praestandam, an agere possit ex vendito, ut emtor servitutem imponi patiatur praedio, quod mercatus est? magisque putat permittendum agere.

630) Bei lex mancipii Lab. 4 Post. a Jav. epit. (D. XVIII, 1, 78. pr.): fistulas emtori accessuras in lege dictum erat; quaerebatur, an castellum, ex quo fistulis aqua duceretur, accederet? respondi apparere id actum esse, ut id quoque accederet, licet scriptura non contineretur.

631) Sentenzen bezüglich der Contracte im Allgemeinen geben: Pomp. 36 ad Qu. Muc. (D. XLIV, 7, 57) in § 18; Pap 2 Resp. (D. L, 16, 219) in § 17; Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 1. § 3) in § 18. Dann bezüglich der Stipulation Ulp. 45 ad Sab. (D. L, 17, 34): semper in stipulationibus — — id sequimur, quod actum est; 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 18): in stipulationibus quum quaeritur, quid actum sit; 50 ad Sab. (D. eod. 41. pr.): quid forte senserit hoc est quid inter eos acti sit (sc. stipulatione); utique enim hoc sequimur, quod actum est; und im Besonderen: Cels. bei Ulp. 46 ad Sab. (D. XLIV, 2, 8. § 2), Venul. 3 Stip. (D. eod. 31. § 1), Ulp. 46. 47. 48 ad Sab. (D. eod. 6. pr. 8. § 1. 5. XLV, 2, 3. pr. XLVI, 2, 2), Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 2), 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 6), 3 Stip. (D. XLVI, 2, 31. § 1), 24 Quaest. (D. eod. 29). Eine Ausnahme bilden jedoch die stipulationes praetoriae s. § 17 a. E. 19 a. E. — Sodann Consens: Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1), Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 1) und J. Just. III, 19, 23: s. § 18 unter A 3.

632) Pap. 1 Def. (D. II, 15, 5) s. unten; Ulp. 47 ad Sab. (D. XLVI, 4, 6): si quidem apparet, quid actum est, id solum per acceptilationem sublatum est; 48 ad Sab. (D. eod. 8. pr.); vgl. § 17 a. E. A. 158.

633) Marc. 3 Dig. (D. XLV, 1, 94), Ulp. 5 ad Sab. (D. eod. 41. pr.), 3 Disp. (D. XII, 4, 6. pr.), Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 3, 41. § 1).

634) Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLV, 1, 110. § 1) s. A. 184.

635) Sabin. bei Pap. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. § 2), Proc. 5 Epist.

Hiermit allenthalben aber stimmt überein, daß, wenn gleich die von Alters her überlieferte simulative Verwendung der solennen Rechtsgeschäfte unbeanstandet gelassen und diese Function solcher Scheingeschäfte respectirt wird (§ 8), dennoch im Uebrigen bei simulirter oder nicht ernstlicher Willenserklärung auch der solenne Act für nichtig erklärt wird[636]), sowie daß in der gegenwärtigen Periode nun auch das Requisit ausgesprochen wird, wie dem solennen Rechtsgeschäfte ein entsprechender animus inliegen müsse, so der Stipulation ein animus stipulandi, der Novation ein animus novandi[637]).

Während somit in allen diesen Sätzen die aequitas als das maaßgebende Princip auch dem solennen Rechtsgeschäfte gegenüber anerkannt wird, zugleich aber auch jene Aussprüche theilweis bis in die ersten Anfänge der gegenwärtigen Periode zurückgehen, so verräth doch andrerseits die Litteratur dieser Periode wiederum in mannichfachen Spuren, daß die Jurisprudenz weder zu Einem Zeitpunkte, mit Einer Wendung und in allgemeiner Uebereinstimmung den Uebertritt auf den Standpunkt der aequitas vollzog, noch auch vollständig den Einflüssen jener älteren Theorie sich zu entziehen vermochte, die dem rigor die Herrschaft über das solenne Rechtsgeschäft zuerkannte. Allerdings zwar treten solche Spuren nur vereinzelt und fast verwischt in den Quellen auf: denn der leitende Gesichtspunkt der justinianeischen Legislation, welcher in extremstem Maaße das Princip der voluntas betonte und zur Geltung erhob (§ 63), machte selbstverständlich sich auch geltend bei Compilirung der

(D. L. 16, 125), Cels. 26. 38 Dig. (D. XXXIV, 5, 26. XLV, 1, 99. pr.), Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. pr.), Paul. 14 ad Plaut. (D. XXXIV, 5, 21).

636) So das Testament von Traian. bei Flor. 10 Inst. (D. XXIX, 1, 24) und die Stipulation von Paul. 2 Inst. (D. XLIV, 7, 3. § 2): s. § 20. Im Allgemeinen vgl. Leist, Mancipation 164.

637) Animus stipulantium: Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 12). Animus novandi: Lab. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. § 2), Cels. 3 Dig. (D. XLVI, 2, 26), Jul. 54 Dig. (D. XLV, 1, 58), Pomp. 5 ex Plaut. (D. XLVI, 2, 24), Venul. 3 Stip. (D. eod. 31. pr.), Pap. 2 Def. (D. eod. 28), 27 Quaest. (D. XXII, 1, 4. pr.), Ulp. 46 ad Sab. (D. XLVI, 2, 8. § 5), Paul. 14 ad Plaut. (D. eod. 22), 5 Resp. (D. eod. 30), 3 Quaest. (D. XII, 6, 60. § 1), Gord. im C. Just. VIII, 42, 3.

Digesten und bestimmte hier, bei dem wichtigsten und ausgiebigsten Quellenmateriale für den obigen historischen Proceß, zu einer planmäßigen Ausscheidung aller auf den rigor gestützten theoretischen, wie praktischen Sentenzen. Dennoch aber ist es den Compilatoren des Corpus iuris nicht völlig gelungen, alle Spuren der Geltung des rigor bei dem solennen Rechtsgeschäfte, welche die Litteratur dieser Periode für ihre Zeit bekundete, gänzlich auszutilgen, vielmehr finden sich, wie bemerkt, noch mehrfache Spuren der Rückwirkung jener älteren Theorie von der Herrschaft des rigor.

Zuvörderst nämlich ist allerdings nicht ausdrücklich bekundet, daß auch in der gegenwärtigen Periode noch einzelne Juristen für den rigor eine durchgreifende und unbedingte Geltung bei dem solennen Rechtsgeschäfte im Allgemeinen beanspruchten; allein immerhin ist dies aus gewissen Hinweisen der Quellen zu folgern. Denn wenn bezüglich der Acceptilation berichtet wird von

Pap. 1 Def. (D. II, 15, 5): quum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur: liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit;

oder bezüglich der Legate in

J. Inst. II, 20, 3: cum — antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem, wozu vgl. Ulp. XXV, 1 (s. A. 615);

so ist in diesen Zeugnissen, deren historischer Rückblick sicher nicht über die Kaiserzeit zurückgreift, direct bekundet, daß bei Acceptilation, wie Legat dem verbum die Prävalenz vor der voluntas von gewissen Juristen und zwar im Gegensatze wiederum zu anderen Juristen[638]) eingeräumt wurde, und hieraus nun ist weiter zu entnehmen, daß jene Juristen dem rigor die maaßgebende Geltung auch bei dem solennen Rechtsgeschäft im Allgemeinen zuerkannt haben.

Sodann bekunden aber die Quellen auch gewisse Theorieen,

---

638) S. A. 619. 632 und die bezüglichen Stellen in A. 621—625.

welche wiederum nur in einzelnen, dem solennern Geschäfte inliegenden Beziehungen dem rigor eine Geltung zuerkennen; und hierher gehören ebenso

Gai. 1 de Test. ad Ed. Praet. (D. XXXV, 1, 16): in his quae extra testamentum incurrerent, possunt res ex bono et aequo interpretationem capere; ea vero, quae ex ipso testamento orirentur, necesse est secundum scripti iuris rationem expediri[639]);

wie auch Modest de Heurem. (D. XXXIII, 2, 19): si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: „Titio fundum detracto usufructu lego“ vel: „Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato.“ Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit[640]).

Nicht minder lassen die Quellen erkennen, wie namentlich die früheren Juristen dieser Periode bei ihren casuistischen Entscheidungen von dem Einflusse ihrer auf den rigor sich stützenden Vorgänger vielfach sich nicht frei zu halten vermögen, vielmehr trotzdem, daß sie in thesi die aequitas vertreten, im con-

639) Hierin liegt der Satz: insoweit das Testament unmittelbar durch seine Dispositionen Recht und Pflicht des Erben oder sonst Honorirten regelt, wird das Rechtsverhältniß nach Maaßgabe des rigor beurtheilt; insoweit dagegen Recht und Pflicht außerhalb solcher Dispositionen in Frage kommen, ist die aequitas das maaßgebende Princip. Es ist hiermit die für die Stipulation mit doli clausula geltende Ordnung auf das Testament übertragen s. Beil. XIX bei A. 66. Es harmonirt jedoch nicht vollkommen mit obiger Regel Gai. 2 de Leg. ad Ed. Praet. (D. XXXV, 1, 17. pr. § 1).

640) Hierin liegt das allgemeine Gesetz: der Irrthum in der Willenserklärung ist irrelevant und wird somit nicht emendirt, dafern er in einem solennen Rechtsgeschäfte als unrichtiger Gebrauch einer technischen Formel auftritt. Es wird hiermit ein hinsichtlich des Einzelwortes gültiges Interpretationsgesetz (§ 28 unter c) auf die technische und solenne Formel übertragen. Wenn immer daher die Motivirung der obigen Entscheidung ganz offen auf den rigor sich stützt, so unterfällt doch die Entscheidung an sich in Wahrheit bereits einem anderen Gesichtspunkte.

creten Falle ihre Entscheidung vom rigor bestimmen lassen, beeinflußt hierin, wie bemerkt, durch die Methode und Reflexion eines den rigor vertretenden Vorgängers, an welchen Jene bei der betreffenden Entscheidung anknüpfen. Solche Sentenzen bieten beispielsweise Labeo bei Jav. 7 Epist. (D. L, 16, 116.) in § 23, bei Pomp. 5 ad Sab. (D. XXXVIII, 5, 29) und 2 Post. a Jav. epit. (D. XXXII, 1, 29. § 4) in § 24, wie denn auch selbst noch die Sentenzen von Jul. und Marcell. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXXVIII, 5, 1. § 5. 7) in § 10 auf dem Standpunkte des rigor stehen[641].

In der gleichen Weise bekunden auch verschiedene systematische und theoretische Gesichtspunkte, an welchen die Jurisprudenz dieser Periode festhielt, die Nachwirkung der Herrschaft des rigor. Und so vor Allem das dem Serv. Sulpicius entlehnte Contractssystem mit seiner Classification von obligationes, quae re, verbis, litteris und consensu nascuntur (A. 485); so insbesondere auch die Wesenbestimmung von Stipulation und Expensilation bei Gaius, wie bei Modestin[642]; so ferner der Gesichtspunkt des ad interrogatum esse responsum, den man gegenüber der Stipulation festhielt[643]; und so nun auch darin, daß man der stipulatio inutilis die Wirkung als pactum absprach[644].

Zum Fünften treten aber auch in der wissenschaftlichen Methode der Rechtswissenschaft mannichfache Nachwirkungen des rigor in den Quellen hervor. Hierher gehören vor Allem die in Dig. XXXIII und XXXIV überlieferten, aus älteren Rechtswerken entlehnten Titelüberschriften: de tritico, vino vel oleo legato, de instructo vel instrumento legato, de peculio le-

641) Dahingegen gehören wohl der vorhergehenden Periode an die Entscheidungen bei Jul. 8 Dig. (D. IX, 2, 51. § 2) in § 11 a. E., wie 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr.) in § 9 a. E., nicht minder bei Ulp. 42 ad Sab. (D. XXI, 2, 31) in § 5.

642) Gai. III, 137 und 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1, § 7), wie Modest. 2 Reg. (D. XLIV, 7, 52. § 2) in § 6.

643) Gai. III, 102. Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 3). Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 2) in § 6, und im Gegensatz hierzu Ulp. cit. (D. cit. § 4) bei A. 156 und Paul. cit. (D. cit. § 3) bei A. 157.

644) Und zwar im Gegensatze zur acceptilatio inutilis: § 17 a. E.

gato, de penu lagata, de supellectile legata u. dergl. m., welche insgesammt auf die erste Periode sich zurückleiten und hier nach dem Gesichtspunkte des rigor aufgestellt worden sind (A. 416). Und ebenso reflectirt der noch für Cicero maaßgebende Gesichtspunkt, bei der definitio durchgehends nur nach dem rigor zu interpretiren (Beil. XVII, § V), bei den früheren Juristen dieser Periode: auch diese erörtern nur den allgemein sprachlichen Sinn des zu definirenden Wortes, ohne nach der concreten Willensbestimmung des dasselbe Verwendenden weiter zu fragen, ein Verfahren, welches z. B. durch die viel ventilirte Definition von penus bestätigt wird, wo zuerst Procul. bei Ulp. 22 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3. § 2) der von ihm gegebenen Begriffsbestimmung die vom Standpunkte der aequitas unabweisbare Beschränkung beifügt: nisi contraria mens testatoris appareat (vgl. § 23 unter b), wogegen keiner seiner zahlreichen Vorgänger vor ihm dieses einschränkenden Momentes gedenkt (49).

Endlich hält die gegenwärtige Periode auch noch insoweit an dem rigor fest, als derselbe das Mittel bietet, um dadurch zu Sätzen und Entscheidungen zu gelangen, die angemessen und wünschenswerth erachtet wurden. Und im Dienste dieser Richtung wird nun der rigor ganz allgemein gegenüber der exheredatio verwendet (§ 28 unter e), während ein specielleres Beispiel dafür sich darbietet bei Pomp. 7 ad Qu. Muc. (D. XXXVIII, 5, 68) und Modest. 7 Diff. (D. XXXV, 1, 52). Die Rechtswissenschaft der Republik hatte nämlich die constitutio aufgestellt: vitiosa est et heredis institutio et legatum ex alieno arbitrio pendens[645]), und diese Constitution ward auch von der Rechtswissenschaft dieser Periode respectirt; im Interesse aber der Vermeidung einer Destitution des Testamentes erklären nun Pomp. und Modest. diejenige Erbeinsetzung des Sempronius oder dessen Honorirung mit Legat für rechtsbeständig, welche darauf concipirt war: si Titius in Capitolium ascenderit, weil, wenn auch reell die Honorirung des Sempronius von dem arbitrium des Titius abhänge, dennoch nominell dieselbe nicht auf solches arbitrium gestellt sei, eine Entscheidung, die, wie gesagt,

645) Gai. 1 de Testam. (D. XXVIII, 5, 32. pr.).

lediglich mit Argumenten operirt, welche durchaus auf dem Standpunkte des rigor stehen.

Dahingegen bezüglich der Proceßacte[646]), wie bezüglich der das Privatrecht betreffenden Gesetze, Senatusconsulte, Edicte und kaiserlichen Constitutionen[647]) wird in der gegenwärtigen Periode die aequitas zur unbeschränkten Herrschaft erhoben. Und diese letztere Thatsache ist nun auch von dem unmittelbarsten und entscheidendsten Einflusse für die Stellung der Rechtswissenschaft geworden, insofern dadurch dieselbe die größte Freiheit der interpretativen Action gegenüber den Gesetzen gewann. Denn in Folge dessen griff nunmehr die ächte Interpretation auch bei scriptum et voluntas, wie bei ratiocinatio Platz: und indem diesfalls dieselbe ex mente legis interpretirt, so wird nach der Auffassung des Alterthumes durch solche Thätigkeit nicht einfach ein bereits gegebenes, wenn auch in gebundenem und verborgenem Zustande vorhandenes Recht explicirt, als vielmehr ein ganz Neues an Recht aufgefunden und gesetzt und somit ein Act der Rechtsschaffung selbst vollzogen (§ 9 unter b. und c. Thl. I, 61). Und sodann jene unächte, in § 49 dargelegte Interpretatio der vorhergehenden Periode hört nun insofern ganz auf, als die entsprechende Thätigkeit der Rechtswissenschaft nicht mehr die ächte Interpretation als Maske vornimmt, sondern fort-

---

646) Arist. bei Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1), Jul. 50 Dig. (D. XXXIV, 5, 12), Pomp. bei Ulp. 16 ad Ed. (D VI, 1, 5. § 5), Ulp. 26 ad Ed. (D. V, 1, 61. pr.), Paul. 5 ad Plaut. (D. L, 17, 172. § 1), 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1). Vorher schon Serv. bei Pomp. 2 ad Sab. (D. V, 1, 80).

647) So schon Alf. Var. 4 Dig. (D. X, 4, 19), und dann Cels. 26. 33 Dig. (D. I, 3, 17. 19), Aristo bei Paul. 3 ad Sab. (D. XXXVI, 1, 19. § 1), Gai. 6 ad Ed. prov. (D. V, 3, 17), Pap. de Adult. (D. XLVIII, 5, 11. § 5), Ulp. 3. 29 ad Ed. (D. I, 16, 6. § 1. XIV, 6, 7. § 4), 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 41. § 12), Tryphon. 4 Disp. (D. XLIX, 15, 12. § 8), Macer 1 Publ. (D. XLVIII, 5, 24. § 3), Carac. im C. Just. IX, 9, 3. Wegen der Interpretation im Allgemeinen: Cels. 29 Dig. (D. I, 3, 18), sowie bei scriptum et voluntas und ratiocinatio im Besonderen s. § 21. 22 und ein historisches Beispiel in Thl. II A. 855. Dem entspricht, daß man das Verbot des fraudem facere legi auf alle Gesetze (s. A. 212 fg.) extendirte: Paul. ad. l. Cinc. (D. I, 3, 29), Ulp. 4. 29 ad Ed. (D. I, 3, 30. XIV, 6, 8. § 8. fr. 7. § 3), fr. XXV, 17 u. A. m.

finitione quae sit voluntas nominis quaeritur; et in syllogismo — — spectatur, quid voluerit scriptor; et contrarias leges duos esse scripti et voluntatis status apparet; rursus et finitio quodammodo est amphibolia, cum in duas partes diducatur intellectus nominis; scriptum et voluntas habet in verbis vocis[652]) quaestionem, quod idem in antinomia petitur.

Hieraus aber erhellt, wie in solcher Theorie jener Uebertritt auf den Standpunkt einer Alleinherrschaft der aequitas sich vollzogen hat und die Geltung des rigor, welche noch die Theorieen Ciceros anerkennen, völlig beseitigt ist. Daher verschwindet bei Quint. vor Allem die petitio principii über die Herrschaft von iustitia oder von aequitas vollständig und an die Stelle der Principfrage, ob Wort oder Wille prävalire, treten die Thatfragen, ob, bei Prävalenz des Willens, das Wort demselben congruent, und welches verneinenden Falles die Willensbestimmung des Redenden sei, somit also die Fragen, wie der Widerstreit zwischen Wort und Willen zu erkennen und im Falle solchen Widerstreites der Wille zu constatiren sei. Auf diese Prämissen laufen daher auch alle Zweifelsfragen zurück, mit denen die Rhetorik sich beschäftigte und die theilweis sogar noch unter der nämlichen Terminologie auftreten, der wir in den Werken Ciceros begegneten, so die Classen-Bezeichnung an sich von scriptum et voluntas, oder die Frage scripto an voluntate standum sit? worunter nunmehr lediglich die entgegenstehenden Partei-Behauptungen zu verstehen sind, daß das scriptum dem Willen des Redenden entspreche oder aber incogruent sei[653]).

---

652) Die spaldingsche Lesung „iuris“, welche Halm recipirt, zerstört das punctum saliens.

653) J. O. III, 6, 87. VII, 1, 49. 6, 4. 9. 12. 7, 1. 8, 2. Dagegen verräth die äußere Darstellungsweise Quintilians in manchen Partieen allerdings die Spuren eines Einflusses von Ciceros Darstellung, so cap. 6 des lib. VII, wo erst in c. 11 Quintilian zu einer selbstständigeren Behandlung sich erhebt. Ja in einzelnen Sentenzen vermögen wir sogar einen weitergehenden und den Stoff selbst ergreifenden Einfluß der ciceronianischen Theorie zu erkennen, wie z. B. VII, 6, 9: qui scriptum tuebitur adiuvare se etiam voluntate tentabit; denn diese aus Cic. de Inv. II, 44, 128

Wenn so daher bei Quintilian der alte Gegensatz von rigor und aequitas wenigstens immer noch in gewissen Ausdrucksweisen nachklingt, so fehlt nun selbst dieser Nachhall gänzlich bei Hermogenes de Statibus, der, unter dem Einflusse der älteren griechischen Schultradition stehend, durchaus mit keiner Andeutung den frühern historischen Gegensatz der Principien verräth.

Durchgehends aber erkennen Beide, Quintilian wie Hermogenes, der aequitas die ausschließliche Herrschaft bei allen Interpretationsfällen zu: bei scriptum et voluntas und ratiocinatio, wie bei definitio, ambiguitas und contrariae leges. (Beil. XVII § IV—VIII). Und zwar wird insbesondere die ambiguitas, welche von Quint. in eine amphibolia in singulis und in coniunctis zerlegt wird, von demselben als eine verdoppelte definitio, die contrariae leges aber von Quint. und von Hermog., wie auch früher bereits von Cic. de Orat., als ein verdoppeltes scriptum et voluntas aufgefaßt (Beil. XVII A. 56. 58. 65), während wiederum das scriptum et voluntas von Quint. in obscurum et voluntas und planum et voluntas zerlegt wird, deren Ersteres jedoch in Wahrheit gar nicht die wesentlichen Merkmale dieses Interpretationsfalles an sich trägt (Beil. XVII A. 45).

Während somit die Theorie der Rhetorik die Anwendung des rigor bei der Interpretation gänzlich fallen läßt, so benutzten doch andrerseits wiederum die Rhetorenschulen zu ihren praktischen Uebungen nicht allein die Frage über die Behandlung des Widerstreites von Wort und Willen, sondern auch die Frage über die Prävalenz je des einen von Beiden, wofür Beispiele in den Declamationen des falschen Quintilian überliefert sind[654].

---

entlehnte Vorschrift kann ja nach Quintilians Theorie, wonach das scriptum durchaus keinen Eigenwerth mehr hat, nicht mehr die Bedeutung einer Nützlichkeits-Regel, als vielmehr nur einer unabweisbaren principiellen Consequenz haben.

654) Quint. Decl. 264. 308. vgl. 260: non hoc vidit lex, quae recitata est, non voluntas eius, quicumque conditor iuris istius fuit.

§ 59.
Die Relevanz von vis, dolus und error in ihrem Einflusse auf die Willensbestimmung bezüglich der Testamente.

Die Relevanz von vis und dolus bei der Willensbestimmung von Rechtsacten im Allgemeinen beruht theils auf den Rechtssätzen bezüglich der bon. fid. actiones, theils auf den aus der vorigen Periode entstammenden bezüglichen Edicten (§ 52). Insbesondere diese Edicte schließen nun allerdings ihrem Wortlaute nach die Testamente von ihrer Anwendung keineswegs aus; gleichwohl aber sind dieselben bezüglich der Letzteren in der That unanwendbar, weil ihre bezüglichen Rechtsmittel voraussetzen, daß der Gezwungene oder Betrogene durch die wider ihn angewendete vis oder fraus einen Vermögensnachtheil erlitten habe, der Erblasser aber, der durch vis oder dolus zur Errichtung eines Testamentes bestimmt oder aber von dessen Errichtung abgehalten worden ist, selbst solchen Vermögensnachtheil in der That nicht erlitten hat. Hierdurch aber wird die Annahme begründet, daß die honorarischen Edicte über vis und dolus niemals bezüglich der Testamente Anwendung erlitten haben; und diese Annahme findet darin eine Bestätigung, daß die Quellen auch in keiner Weise eine Anwendbarkeit der in integr. restit. oder actio oder exceptio quod met. causa oder de dolo bezüglich der Testamente andeuten.

Vielmehr ist die rechtsconstitutive Grundlage, auf welcher die Relevanz von vis oder dolus bezüglich der Testamente beruht, eine andere und zwar wiederum eine verschiedene je für die beiden hier in Betracht kommenden Fälle. Denn dafern Jemand durch vis oder dolus einen Anderen von der Errichtung eines Testamentes abhält, so wird hierdurch der Intestaterbe oder der in einem früheren Testamente eingesetzte Erbe indignus und dessen Erbtheil caducum: und diese Ordnung geht aus von einer Constitution Hadrians:

Ulp. 48 ad Ed. (D. XXIX, 6, 1) vgl. Scaev. 3 Resp. (D XXXI, 1, 88. § 4), Paul. 44 ad Ed. (D. XXIX, 6, 2), 16 Resp. (D. XXXIV, 9, 19), Sent. rec. V, 12, 2. Diocl. et Max. im C. Just. VI, 34, 2. vgl. Keller, Inst. 392 fg.

Dahingegen dann, wenn Jemand durch vis oder dolus des Anderen zur Errichtung eines Testamentes bestimmt worden ist, so ist solches, insoweit es dadurch beeinflußt worden, nichtig, so daß insoweit Intestaterbfolge eintritt: und diese Ordnung nun ist durch das Recht der Wissenschaft gesetzt worden:

Ulp. 41 ad Ed. (D. XXXVII, 11, 2. § 7), Sev. Alex. im C. Just. VI, 34, 1 (229).

Beidemal ist es daher die Nullität des betreffenden Rechtsactes, welche den Effect von vis oder dolus bildet; und gerade dieser Satz harmonirt auf das vollkommenste mit der innerhalb unseres Princips herrschenden allgemeinen Tendenz, die principiellen Untersätze ohne das Medium selbsteigener Rechtsmittel zur Geltung zu bringen (§ 46 a. E.).

Was sodann den error in der Willensbestimmung bei Testamenten betrifft, so erlangt derselbe erst in der gegenwärtigen Periode und zwar durch das Recht der Wissenschaft juristische Relevanz. Denn daß derselbe in der vorhergehenden Periode noch irrelevant ist, ergiebt schon ein bei Cic. de Orat. I, 38, 175. 57, 245. Val. Max. VII, 7, 1. berichteter einschlagender Proceßfall, insofern derselbe durchaus nur dem Gesichtspunkte des Notherbenrechtes unterstellt, in keiner Weise aber dabei auf den error an sich ein juristisches Gewicht gelegt wird[655]. Und sodann wird von Serv. Sulpicius Rufus und dessen Schülern der error erörtert bei dem legatum pecuniae pro dote debitae, in dem Falle somit, wo der Testator eine Summe an Stelle einer zu restituirenden dos legirt, die er entweder gar nicht oder von geringerem Werthe empfangen hat, solcher Irrthum aber für irrelevant erklärt: das Legat gilt so, wie es ausgesprochen ist[656]. Wie daher im Allgemeinen die Theorie von der Rele-

---

655) Vgl. hierüber Schilling, Bemerk. über r. Rt. 189 fg. Schmidt, Form. Rt. der Notherben 57 fg. Voigt im Archiv f. civil. Praxis 1871 Bd. 54. A. 26. Es liegt hier allerdings ein Irrthum in den Motiven vor

656) Lab. 2 Post. a Jav. epit. (D. XXXIII, 4, 6. pr. § 1) vgl. A. 174c. Voigt im Archiv f. civ. Prax. 1870. Bd. 53. § 4 unter C 2 d. Dieser Rechtssatz ward als ein singulärer und zwar bestimmt durch den favor dotis von der späteren Jurisprudenz beibehalten: Jul. bei Ulp. 5 Disp. (D. XXX, 1, 75. § 1), Anton. Pius bei Paul. 10 Quaest. (D. XXXIV, 3, 25), Sev. und Car. in Inst. II, 20, 15. Sev. Alex. im C. Just.

vanz des error in der Willensbestimmung erst der gegenwärtigen Periode angehört (§ 52), so ist dies auch rücksichtlich des error in der Willensbestimmung bei Testamenten insbesondere der Fall; und zwar wird hier zuerst der Irrthum über die Eigenthumszuständigkeit der legirten Sache in Betracht gezogen, indem derselbe von Nerat. Priscus dann für relevant erklärt wird, wenn der Testator die Sache eines Dritten für die seinige hielt und solche einem ferner Stehenden legirt, worauf dann weiterhin eine Constitution von Antoninus Pius diese Entscheidung sancirt[657]. Späterhin treten sodann auch andere Fälle des error in der Willensbestimmung bei Testamenten in den Quellen heror und insbesondere wird unter gewissen Voraussetzungen für relevant erklärt der error in condicione alterius von Afric. 4 Quaest. (D. XXVIII, 2, 14. § 2), Ulp. 1 ad Sab. (D. eod. 15), Val. et Gall. im C. Just. VI, 23, 5. Diocl. et Max. das. VI, 24, 7., sowie der error in sua condicione von Aristo bei Marc. 9 Dig. (D. XXIX, 7, 9), Ulp. 1 Fideic. (D. XXXII, 1, 1. pr.), fr. XX, 11., Paul. 2 Reg. (D. XXVIII, 1, 14).

Insbesondere aber in der letzteren Beziehung ward die Relevanz des error in dem besonderen Falle, daß solche den Status des Testator betraf, in einer Constitution von Antoninus Pius zu dem allgemeinen Satze formulirt: de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt[657a]), ein Satz, welcher ebenso ergiebt, wie die Relevanz des error beim Testamente durchaus von dem Gesichtspunkte aus des hier erörterten Princips: der voluntatis ratio in das Auge gefaßt wurde (§ 30), wie andererseits wiederum über die Sphäre des

---

IV, 44 3. Diocl. et Max. das. c. 5; ja inconsequenter Weise ward derselbe auf alle Fälle des legatum oder fideicommissum debiti verallgemeinert: Scaev. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 88. § 10. XXXII, 1, 93. § 1), Ulp. 5 Disp. (D. XXX, 1, 75. § 1), Paul. 10 Quaest. (D. XXXIV, 3, 25), Sev. Alex. im C. Just. VI, 44, 2.

657) Vgl. Pap. 19 Quaest (D. XXXI, 1, 67. § 8), Pomp. 2 ad Qu. Muc. (D. XXXII, 1, 85 und in Inst. II, 20, 4), Caj. Epit. II, 5, 2. Im Allgemeinen vgl. Voigt a. O. § 17. 18.

657a) Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVIII, 1, 15), 10 ad Sab. (D. XXVIII, 3, 6. § 8), Paul. 2 Reg. (D. XXVIII, 1, 14).

error noch hinausgreift, indem nicht bloß dem Irrthum, somit der objectiven Wahrheitswidrigkeit, sondern sogar schon dem Zweifel, somit der subjectiven Ungewißheit über den eigenen Status der annullirende Effect beigemessen wird.

Mit jenem Rechtssatze aber: de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt steht endlich wiederum in historisch innerer Verbindung der Rechtssatz, welchen ausspricht

Pomp. 3 ad Sab. (D. XXIX, 2, 23): in repudianda hereditate vel legato certus esse debet de suo iure is, qui repudiat, wozu vgl. Paul. 59 ad Ed. (D. eod. 19);

oder in noch allgemeinerer Fassung

Pap. 24 Quaest. (D. L, 17, 76): in totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt,

insofern auch hier für gewisse erbrechtliche Geschäfte ebenso die objective Wahrheitsmäßigkeit (vera scientia), wie die subjective Gewißheit (certa scientia) des Willens erfordert, somit genau entsprechend, wie bei dem obigen Rechtssatze, ebenso der objectiven Wahrheitswidrigkeit, somit dem Irrthume, wie der subjectiven Ungewißheit, somit dem Zweifel eine Relevanz und zwar annullirender Effect beigemessen wird. Allein der juristische Moment, auf welchen hier der Wille sich richtet und der somit vom error oder dubium betroffen wird, ist nicht der Inhalt, als vielmehr die causa des Rechtsgeschäftes, welches Erwerb oder Ausschlagung des Successionsrechtes vermittelt, so daß somit dieses Verhältniß einem wesentlich verschiedenen systematischen Gesichtspunkt sich unterordnet: nicht dem Irrthume in der Willensbestimmung, als vielmehr in der causa des Rechtsgeschäftes[657b].

657b) Vgl. Voigt a. O. § 7. Bezügliche Entscheidungen bieten Lab. bei Cels. 16 Dig. (D. XXVIII, 5, 59. pr.), Cass. und Sab. bei Pomp. 3 ad Sab. (D. XXII, 6, 3. § 1), Afric. 1. 4 Quaest. (D. XXIX, 2, 46. 51. pr.), Pomp. bei Paul. 2 ad Sab. (D. eod. 22), Pap. 16 Quaest. (D. eod. 84), Ulp. 6. 7. 8 ad Sab. (D. eod. 6. § 4. fr. 13. § 1. fr. 15. 17. pr. § 1. fr. 30. § 8. fr. 32. 34. § 1), 24. 46 ad Ed. (D. eod. 16. XXXVIII, 7, 2. § 3), Paul. 59 ad Ed. (D. XXIX, 2, 19), 2 ad Sab. (D. eod. 22), 3 Sent. (D. eod. 93. pr.), Diocl. et Max. im C. Just. I, 18, 4.

Indem nun aber die römische Rechtswissenschaft solches Vorkommniß dem Gesichtspunkte des error de suo iure unterstellt[657c]), so ist hieraus in der That zu entnehmen, daß gleichwohl dieselbe diesen Fall des error dem Irrthume in der Willensbestimmung bei Testamenten gleichstellte: solchen error singulärer Weise ebenso nach seinem Einflusse auf die psychische Beschaffenheit der Willensbestimmung in Betracht ziehend, wie auch demgemäß nach Maßgabe der voluntatis ratio für relevant erklärend.

Auch diese letztere Theorie über den error de suo iure ist jedoch der vorhergehenden Periode noch fremd, wie wir daraus ersehen, daß dieselbe dem Trebatius nach Cels. 16 Dig. (D. XXXVIII, 5, 59. pr.) noch unbekannt ist, vielmehr erst mit Labeo (A. 657[b]) hervortritt.

§ 60.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

Die historische Entwicklung des vorhergehenden Zeitraumes schloß mit dem Ergebnisse ab, daß der internationale Geschäftsverkehr in dem ius gentium eine auf die aequitas gestützte Rechtsgruppe schuf, während wiederum die römische Nationalanschauung zwar an dem Principe der Solennität des Rechtsactes für das ius civile festhielt, wohl aber von dem anderweiten Principe des rigor, welches dem verbum den Werth des rechtsverbindlichen Elementes beim Rechtsacte beilegt, mehr und mehr sich abwendete (§ 53). In der gegenwärtigen Periode nun, indem das Reich selbst eine völlig veränderte Stellung und Gestaltung gewann, erlitten auch eine durchgreifende Umwandelung ebenso das personale Element, welches der Träger der Volksanschauungen und des Rechtsbewußtseins ist, wie auch die Verkehrsverhältnisse selbst, welche zu regeln das Recht berufen ist: Rom selbst tritt in die Kaiserzeit ein als ein Weltreich; seine weiten Provinzen umschließen eine Bevölkerung,

---

657c) Pomp. 3 ad Sab. (D. XXII, 6, 3. pr. vgl. XXIX, 2, 23), wozu vgl. Pap. 11 Resp. (D. XXXI, 1, 79) Callistr. 2 de Jur. fisc. (D. XLIX, 14, 2. § 7).

deren Culturzustände die größten Contraste in sich vereinigen: die hispanische und keltische Bevölkerung auf ihrer niedrigen Culturstufe, den Orient mit seiner überfeinerten Civilisation, und zwischen Beiden mitten inne stehend das alte Römerthum, einerseits den Occident influirend, und andrerseits selbst wieder den Einflüssen des Hellenismus mehr und mehr sich hingebend; und alle diese verschiedenen Bevölkerungselemente werden durch das Band eines ebenso regen, wie universellen, eines so vielbewegten, wie weitgetragenen Geschäftsverkehres zu einer einigen bürgerlichen Gesellschaft verbunden (Thl. II § 88). Indem daher dem Rechte dieser Periode die Aufgabe zufiel, für alle jene Elemente befriedigend den Lebensverkehr zu regeln, und ebenso dem Bedürfnisse des Occidentalen zu genügen, wie auch der freien und ungehemmten Verkehrsbewegung Rechnung zu tragen, an welche der Orientale durch seine ererbten Gesetzgebungen gewöhnt war, so ergab nun die Beschaffenheit solcher Aufgabe, indem sie an das Recht herantrat, fast ganz von selbst die Beseitigung des rigor als ein Postulat der historisch gegebenen Verhältnisse. Allerdings zwar ward das Gewicht solcher Anforderung sehr bedeutend gemindert dadurch, daß es vornämlich das ius gentium, wie die Provincial- und Municipalrechte sind, welche außerhalb Italiens den Lebensverkehr regeln, und jene Rechte wiederum von allem Anfang an dem rigor fremd und unbetheiligt gegenüberstehen. Allein nicht nur daß zahlreiche Bürgercommunen und latinische Colonieen peregrinen Ursprunges bereits von Beginn dieser Periode an Theil nehmen an dem ius civile, so wird auch das Letztere durch das Bürgerrechtsgesetz Caracalla's zu einem gemeinen Rechte des gesammten Reiches erhoben. Und alle diese Momente bedingen nun in der That gleich als eine historische Nothwendigkeit den Sturz des rigor, der nun auch mit der gegenwärtigen Periode sich vollzieht. Allein bei aller Gleichheit dieses Endergebnisses ist doch im Einzelnen die geschichtliche Entwicklung eine durchaus verschiedene.

Denn in Bezug auf die erste Position des rigor, die Solennität der Form betreffend, ist es nicht die Beseitigung dieses Princips, als vielmehr dessen Abstumpfung, welche als das Endergebniß aus jener Zeitströmung hervorgeht. Denn

wie an dem solennen Rechtsgeschäfte im Allgemeinen, so hat auch an der Solennität an sich der Form im großen Ganzen das ius civile der gegenwärtigen Periode mit einer fast überraschenden Hartnäckigkeit und Ausdauer festgehalten, indem nur in ganz vereinzelter Ausnahme, wie z. B. bei der tutoris auctoritatis interpositio die altüberlieferte solenne Form völlig aufgegeben ward. Dagegen aber mit welcher Zähigkeit jenes Princip in der Anschauung des römischen Volkes wurzelte und sich behauptete, dies ergiebt sich am schlagendsten daraus, daß man sogar bei Rechtsgeschäften, die gar nicht einmal des Wortes als Modus der Willenserklärung bedurften, doch auf die einzelnen Worte wiederum ein juristisches Gewicht legte und — in widerspruchsvollster Weise — von mehreren Synonyma das eine für geeignet, das andere für unzulässig erklärte. Denn so wird hinsichtlich der Fideicommisse, welche durchaus ex voluntate beurtheilt werden (A. 489) und bei denen daher auch die stillschweigende Willenserklärung (A. 492), ebenso wie die peregrine Sprache (A. 516) statthaft ist, jener Satz ausgesprochen von

Paul. Sent. rec. IV, 1, 6: fideicommittere his verbis possumus: „rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, iniungo“. „Desidero“ quoque et „impero“ verba utile faciunt fideicommissum. „Relinquo“ vero et „commendo“ nullam fideicommissi pariunt actionem [658]); und

Anton. Pius bei Ulp. 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 11. § 2): si ita quis scripserit: „illum tibi commendo“ fideicommissum non deberi; aliud est enim personam commendare, aliud voluntatem suam fideicommittentis heredibus insinuare;

Diocl. et Max. im C. Just. VII, 4, 12: ex verbo „commendo“ testamento vel codicillis non videri fideicommissariam libertatem relictam auctoritate iuris declaratur.

Dagegen aber tritt an Stelle der Beseitigung des rigor

---

658) Abweichend Scaev. 21 Dig. (D. XXXVI, 1, 78. § 8). Im Allgemeinen vgl. Nerat. 10 Reg. (D. XXX, 1, 48), Gai. II, 249. Ulp. 2 Inst. (D. XXX, 1, 115), fr. XXV, 2. II, 7.

die Tendenz, die solenne Form den Bedürfnissen des Lebensverkehres möglichst zu accommodiren und dessen Anforderungen auf ungehemmte und bequeme Bewegung anzupassen. Und diese Tendenz nun manifestirt sich in der doppelten Richtung, daß man einestheils die Strenge der Solennität und deren hemmende Unbequemlichkeit im Allgemeinen beseitigte ebenso durch Zulassung zahlreicher Parallelformen, wie durch die Irrelevanz-Erklärung von Auslassungen, Umstellungen und ungehörigen Einschiebungen in der Formel (§ 55); und daß man anderntheils bezüglich der Stipulation insbesondere, als der wichtigsten, weil häufigst verwendeten Geschäftsform unter Lebenden, ebenso deren Solennität, wie deren Gebrauch auf das Aeußerste erleichterte. Denn was den ersteren Punkt betrifft, so ließ man die Anforderung ebenso eines bestimmten Stichwortes, wie auch der consonirenden Rede gänzlich fallen (§ 55. A. 525. 530), so daß die ganze Solennität auf eine mündliche und in gewisse typische Redewendungen gekleidete, auf Uebernahme einer obligatorischen Verbindlichkeit gerichtete initiative Anfrage des Berechtigten und eine bejahende nuncupative Antwort des Verpflichteten sich reducirte. Dagegen in der letzteren Beziehung kam man dem Verkehre dadurch zu Hülfe, daß man die Stipulation auch dann auf den Inhalt eines Vertrages erstreckte, wenn dieselbe als reine Schlußclausel zu demselben auftrat [659]), ja sogar selbst dann, wenn dieselbe ohne jede derartige wörtliche und demonstrative Hinweisung auf den voraufgehenden Vertrag doch in unmittelbarer zeitlicher Folge an denselben sich anschloß (A. 523).

So nun wird im Einzelnen die Stellung des rigor gegenüber dem Lebensverkehre durch die Momente bestimmt, daß

---

659) Diocl. et Max. im C. Just. II, 3, 27: petens ex stipulatione, quae placiti servandi causa secuta est seu antecessit pactum seu post pactum statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat. Beispiele bieten bereits Cat. RR. 146, 2 und dann die instrum. donat. Statiae Irenes, Flav. Artemidor. und Flav. Syntrophi bei Zell, Del. I no. 1780. 1785. 1779, das Instrument über ein foenus nauticum bei Scaev. 28 Dig. (D. XLV, 1, 122. § 1) und die Societätsurkunde bei Paul. 3 Ep. Alf. Dig. (D. XVII, 2, 71. pr.). Im Uebrigen vgl. Gneist, Form. Vertr. 243 fg. Liebe, Stipulation 26 fg.

zunächst einzelne solenne Geschäfte ganz außer Uebung kommen, wie coëmtio, Nexum und Expensilation mit ihrer Acceptilation daß sodann neben gewisse solenne Geschäfte unsolenne Parallelbildungen mit gleicher wirthschaftlicher Function gestellt werden, so neben die manumissio solennis die cretio, das Legat, die cognitoris datio, die adpromissio; daß man ferner die beibehaltenen solennen Geschäfte durch mannichfache Mittel dem Verkehre möglichst bequem macht, so namentlich die verschiedenen Testamentsformeln, die cognitoris datio, die Stipulation und Acceptilation (§ 55); sowie daß man endlich die schwierigere Formelconception ganz vermied nnd umging, indem man die Details der geschäftlichen Vereinbarung in Stipulation kleidete und so anderen solennen Geschäften anhängte, so der Mancipation[660]) und Fiducia[661]), die Stipulation selbst aber wiederum als reine Schlußclausel des Vertrages concipirte. So aber wurde die Solennität der Form ebenso ihres hemmenden und beschwerenden Characters und ihrer Unbequemlichkeit für den Verkehr entkleidet, wie auch die Conception der betreffenden Formeln aufhörte, eine technische Kunst oder Sache eines fachmännischen Wissens zu sein, vielmehr allmählig zur Routine niederen Ranges herabsank[662]). Daher fand denn auch insbesondere die Stipulation die willigste und häufigste Verwendung im Leben, und dies selbst da, wo das Recht solche solenne Form gar nicht erforderte, wie bei den Consensual- und Realcontracten[663]). Aus dieser Gestaltung des Verkehres aber

660) So im instrum. dotationis des Flav. Syntroph. bei Zell, del. I no. 1779, im instrum. venditionis des Bellicus und Dasius in A. 663, und sodann auch bereits bei der Restitution der hereditas Seitens des familiae emptor an den heres: Gai. II, 252.

661) So wahrscheinlich in dem instrum. fiduciae in C. J. L. II. no. 5042, wo indeß der Schluß und damit die Stipulationsclausel verloren gegangen ist.

662) Daher tritt in dieser Periode die cautelare Thätigkeit Seitens der Juristen sehr zurück; kaum, daß wir noch einem Fingerzeige in dieser Richtung begegnen, wie bei Lab. in Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 7), Jul. 14 Dig. (D. XLV, 1, 53), Venul. 8 Act. (D. XLVI, 5, 11), Paul. 1 Sent. (D. II, 15, 15). Ganz entbehrlich konnte dieselbe natürlich nie werden s. A. 472.

663) Bei emtio venditio: Sen. de Ben. III, 15, 1. Gai. IV, 131a u.

erwuchs dem antiken Leben der nicht zu unterschätzende Gewinn, daß in jener Solennität der Form eine Gränzmarke gegeben war, welche die geschäftliche Beredung und den Tractat gegenüber dem Vertrage selbst auf das Sicherste, auf das Bestimmteste und Deutlichste abgränzt und so dem Richter bei seiner Aufgabe eine Verlegenheit erspart, die zu überwinden dem modernen Richter vielfach kaum möglich ist. Allein andrerseits ist wohl zu würdigen, daß solche weitgreifende Abschleifung der Solennität wiederum nur bei der Stipulation sich vollzog, bei den übrigen solennen Rechtsgeschäften dagegen zwar Milderungen der alten Strenge, nicht aber solche Beseitigung derselben eintrat, daher hier, wie z. B. bei den Testamenten, immerhin noch genug an Formel-Requisiten übrig blieb, um dem Lebensverkehre lästig zu fallen und zur captiösen Ausbeutung der Willenserklärung Veranlassung zu bieten [664].

Alle die obbezeichneten theoretischen Abschwächungen aber der Solennität der Form gehen überdem Hand in Hand mit der geschichtlichen Entwicklung der Principien innerhalb der zweiten Position, das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betreffend. Denn die Zulassung der Parallelformel, wie der Umstellung und ungehörigen Einschiebung entspricht durchaus dem Principe der Prävalenz der Willensbestimmung [664a]), ebenso

---

a. m.; so im siebenbürg. Verkaufsinstrument des Bellicus bei Mommsen in Monatsber. d. Berl. Akad. d. Wiss. 1857. S. 519 fg., des Dasius, wie des Veturius Valens bei Detlessen in Sitzungsber. der phil. hist. Cl. der Wien. Akad. d. Wiss. 1857. XXIII, 606. 638. — Societas: Alf. 8 Dig. a Paul. epit. (D. XVII, 2, 71. pr.). — Mutuum: Pomp. 24 ad Sab. (D. XLVI, 2, 7), Ul. 46 ad Sab. (D. eod. 6. § 1), Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40. XLV, 1, 126. § 2), Darlehnsinstrum. des Jul. Alexander bei Detlessen, a. O. 625 fg. — Im Allgemeinen aber ward die Stipulationsclausel regelmäßig jeder Vertragsurkunde angehängt: Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 12). — Daneben werden auch lediglich einzelne Bestimmungen des Vertrages auf Stipulation gestellt, so z. B. die stipulatio duplae vel simplae, oder auch im Societätscontract zwischen Cass. Frontin. und Jul. Alexand. bei Mommsen a. O. 521.

664) Dies hebt bezüglich der Testamente besonders hervor Euseb. de vit. Const. M. IV, 26. vgl. auch A. 689.

664a) Diese Consequenz tritt auch zu Tage z. B. bei Modest. 5 Resp. D. XXVIII, 5, 61).

wie die Irrelevanz-Erklärung der Auslassung insbesondere der interpretatio ex voluntate bei ratiocinatio correspondirt. Nicht minder liegt aber auch ein die Solennität der Form zerstörender Moment in der Zulassung der stillschweigenden Willenserklärung auch bei solennen Rechtsgeschäften (A. 522). Ja im großen Allgemeinen ist anzuerkennen, wie die Solennität der Form dadurch unhaltbar ward, daß die zweite Position der aequitas zu allgemeiner Geltung gelangte: denn mit der Prävalenz der Willensbestimmung gegenüber der Willenserklärung ist die Solennität der Nuncupation in Wahrheit nicht consequent vereinbar, vielmehr ergiebt das Festhalten an dieser Solennität bei gleichzeitiger Anerkennung der Prävalenz der Willensbestimmung einen inneren Widerspruch, den die gegenwärtige Periode zwar abschwächte, aber ganz zu beseitigen gar nicht vermochte.

Was endlich sodann die aequitas betrifft, so traten in der gegenwärtigen Periode alle noch auf dem Fundamente der mores und der reinen fides belassenen Geschäfte in die Rechtssphäre über, so namentlich depositum, commodatum, pignus, Innominatcontracte, pacta über honorarium oder salarium, constitutum debiti (§ 53). Ja selbst insoweit, als dem gewisse höhere Hindernisse entgegenstanden, wie z. B. beim Selbstfreikauf des Sclaven[665]), kam man mit der Theorie der naturalis obligatio zu Hülfe.

§ 61.

Fortsetzung.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehr.

Ein wesentlich anderer Proceß, als wir solchen in § 60 bezüglich der ersten Position des rigor darlegten, vollzog sich

665) A. 300; insbesondere Pap. 30 Quaest. (D. XL, 1, 19), Ulp. 6 Disp. (D. eod. 4. pr. V, 1, 67), Paul. 23 Quaest. (D. XXVIII, 5, 84. § 2), Marc. 2 Inst. (D. XL, 1, 5. pr.). — Dennoch bleiben noch einzelne Ausnahmen bestehen, indem z. B. der Modus der Erbeinsetzung zwar soweit als möglich in eine Rechtspflicht umgewandelt, darüber hinaus aber als reine Gewissenspflicht anerkannt wird: Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. XXXIII, 1, 7), wogegen erst Justin. in Nov. I. c. 1. 4. eingriff; vgl. Vering, Erbr. 335 fg. Keller, Pand. § 491.

hinsichtlich der zweiten Position, das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betreffend: nicht Schwächung und Abstumpfung, sondern völlige Vernichtung des Princips ist es, die hier sich vollzieht: ein Aufgeben des rigor zu Gunsten der aequitas, wodurch die Willensbestimmung für das rechtsverbindliche Element des Actes erklärt wird. Zwar wird mehrfach dieser Satz mit einer gewissen Reserve und namentlich in der zwiefachen beschränkten Fassung ausgesprochen, daß der Consens insbesondere das rechtsverbindliche Element der negotia iuris gentium, und dann auch wieder der bon. fid. negotia bilde[666]; allein dennoch bietet § 57 den Beweis, daß jener erstere Satz nur den Werth einer historischen Reminiscenz hat, da die gegenwärtige Periode auch für die negotia iuris civilis den Consens postulirt, der letztere Satz dagegen nur die Bedeutung hat, von speculativem Gesichtspunkte aus dem Consense eine potenzirte, nicht aber eine ausschließliche Beziehung zu dem bon. fid. negotium beizulegen, da auch zu stricti iur. negotia der Consens erfordert wird. Um so bestimmter tritt dagegen jenes Aufgeben des rigor in den Zeugnissen von § 57 zu Tage.

Diese verschiedene Entwicklung der Verhältnisse aber, welche hier auf diesem Punkte im Vergleiche zu § 60 sich vollzog, erklärt sich daraus, daß die Solennität an sich der Form nicht allein dem Zeitgeiste nicht widerstrebte, als vielmehr von demselben getragen wurde, und lediglich das Complicirte, wie Starre in der Form es war, womit die Nationalanschauung im Widerspruche sich befand. Dahingegen die Prävalenz des Wortes gegenüber dem Willen verlor bereits seit Ausgang der vorigen Periode ihren Stützpunkt in der Nationalanschauung und mußte so nun ihre Herrschaft um so sicherer, wie um so vollständiger verlieren, als hier jener Mittelweg einer Abschwächung des Princips gar nicht einmal offen stand: die Anschauung dieser Zeiten erblickte schlechthin in der Willens-

666) In ersterer Beziehung vgl. Thl. I § 88 II A. 952; in letzterer Beziehung vgl. Boeth. in Top. 378 Or. Javol. 11 Epist. (D. XIX, 2, 21), Ulp. 4. 11. 32 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 5. L, 17, 116. pr. XIX, 1, 11. § 1).

bestimmung des Redenden den Stoff und Gehalt von Gesetz, wie Rechtsact[667]), und faßte demnach nur Jene als das rechtsverbindliche Element solcher Disposition auf.

Diese Stellung der Nationalanschauung gegenüber dem hier fraglichen Principe äußert sich nun theils in Urtheilen, wie solche bereits in der vorhergehenden Periode zu Tage traten: man erkennt in der Anwendung an sich des rigor ebenso eine captio, wie auch eine calumnia[668]); theils aber auch in der ganz neuen Form des Urtheiles, daß man die voluntatis ratio als ein benignum[669]) oder humanum[670]) qualificirt, die Prävalenz des verbum dagegen als eine subtilitas hinstellt[671]). Ja die Volksanschauung nahm sogar die Wendung, daß sie die Berufung auf die verbi ratio und deren Geltendmachung als einen dolus auffaßte, wie auch darauf eine exc. doli stützte[672]).

---

667) So Plut. de ser. num. vind. 4: *ὅλως πολλὰς ἄν τις ἐξείποι νόμων ἀτοπίας, μήτε τὸν λόγον ἔχων τοῦ νομοθέτου, μήτε τὴν αἰτίαν συνιεὶς ἑκάστου τῶν γραφομένων.*

668) Captio s. A. 392 und insbes. Pap. 1 Def. (D. II, 15, 5). Calumnia s. A. 162 und insbesondere Quint. Decl. 264. 308. Und so auch in Bezug auf die solenne Formel in A. 689.

669) Marc. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24): benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum; Scaev. 19 Dig. (D. XXXVI, 1, 76) und bei Paul. 1 ad Vit. (D. XXVIII, 2, 19) s. bei A. 192; Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 55, 3. s. A. 685. Wegen benignum als das den Sonderinteressen Jemandes Entsprechende s. A. 180.

670) Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr.), Scaev. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 29), Pomp. 2. 5 ad Sab. (D. XL, 4, 4. § 2. XXVIII, 5, 29), vgl. Sen. de Ben. III, 7, 5.

671) Jul. 29. 86 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr. IX, 2, 58. § 2), Pomp. 2 ad Sab. (D. XL, 4, 4. § 2), Pap. 5 Resp. (D. XXVIII, 3, 17), Ulp. 5 Fideic. (D. XL, 5, 24. § 10), 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 5). So auch bezüglich der Solennität der Form Gai. IV, 30: nimia subtilitas. Vgl. Thl. I, 358.

672) Beil. VII. § 16. 19. 21 und das Weitere in Buch II. Hierher gehören auch die Clauseln huic monumento dolus oder dolus malus abesto (d. h. der rigor soll bei Auslegung meiner Willensbestimmung bezüglich dieses Grabmales nicht zur Anwendung kommen) s. Beil. XIX A. 46. Mit diesem dolus malus tritt auch als synonym auf ius civile, daher auch gesagt wird huic monumento dolus malus et ius civile abesto: Orelli, Inscr. no. 4390 oder ab iis omnibus dolus malus abesto et ius civile: Orelli l. c. 4391 oder huius monumenti dolus malus abesto

Dieser Richtung der Volksanschauung folgte aber auch die Legislation: das S. C. Vellaeanum v. J. 27 schreibt ausdrücklich vor, daß die Organe der Jurisdiction bei Anwendung des Senatusconsultes die Willensbestimmung des Senates zur Richtschnur ihrer Entscheidungen zu nehmen hätten, während wiederum das S. C. Trebellianum v. J. 62 als Motiv seiner Bestimmungen hinstellt: quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates[673]; die Rescripte sodann selbst der früheren Kaiser betonen entschieden dieses Princip der aequitas[674]; und die Prätoren treten nicht minder frühzeitig auf die Seite der Letzteren, indem sie nach ihrer voluntas et sententia, nicht aber e verbo ihr eigenes Edict sammt seinen Rechtsmittel-Formeln interpretiren[675]. Und ebenso wird von der Rechtswissenschaft dieser Periode, und zwar von Anfang an wenigstens in der Mehrzahl ihrer Vertreter die voluntas als das rechtsverbindliche Element auch des solennen Actes anerkannt (§ 57).

Wie entschieden somit ebenso die Volksanschauung, wie die Organe der Rechtsbildung die Prävalenz der Willensbestimmung vertreten, so ist dennoch der rigor nicht ohne Widerstand gewichen, indem vielmehr die Spuren seiner Geltung bis in das Zeitalter der Antonine sich erstrecken, wo wir noch von Gai. 1 de Test. (D. XXXV, 1, 16) seine Anwendung auf die Testamente in gewissen Beziehungen theoretisch vertreten finden (s. A. 639). Und ebenso sehen wir, wie in der Praxis des Centumviralgerichtshofes bei dem in § 8 behandelten Vorkommnisse mit dem Rhetor C. Albucius Silus, ebenso wie bei dem daselbst referirten Vorgange mit gewissen Sclavenhändlern in

---

et iuris consultus: Orell. 4374. 4821. u. dergl. m. s. Marini, Atti de' fratelli Arvali II, 556. 632. Huschke, Flav. Syntr. 15. A. 18.

673) S. C. Vell. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XVI, 1, 2. § 1): arbitrari senatum recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur. S. C. Treb. bei Ulp. 3 Fideic. (D. XXXVI, 1, 1. § 2).

674) Traian. bei Flor. 10 Inst. (D. XXIX, 1, 24) in A. 636; Ant. Pius bei Scaev. 4 Resp. (D. XXXIV, 1, 13. § 1) in A. 623 und bei Callistr. 1 Quaest. (D. XLVIII, 10, 15. § 3).

675) S. § 19 a. E. und dazu Thl. I A. 23.

dem Zeitalter Aug
rigor abgegeben wi
in den Processen b
Quint. J. O. (ba
quaestio i
aequi dis
tinetur?
wo die verborum
coniectura auf de
Pseudo-Quint. De
Alle diese Mon
meinen Typus der
Thatsache, daß n
weis ein Princip a
befestigt war durch
Herrschaft. Und
dem Ausgange der
gegenwärtigen Zei
Dieser Ueberga
indeß nicht ohne g
und mißbräuchliche
als eine allzu eifri
Widerspruch zur G
die eine dieser Ers
voluntatis quaest
Ausgang der vorig
der Principienstreit
tas als Tummelpl
Kunstfertigkeit dien
Verlaufe der gegen
von der voluntatis
oder unberechtigten
bestimmung, welche
zu Grunde liegt, e
citirten Belegen noc
Quint. VII, 6, 1:
consultos
iuris hinc

[illegible]

ildeten res: Cels. 12 Dig. (D. XLVII, 2,
ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8. XII, 3, 3),
X, 2, 22. pr.);
ris vermittelt durch die mora solvendi der
Ulp. 27. 30 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8.

Sclaven vermittelt durch die mora sol-
Getraides: Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1,

Hauses oder Fallen des Viehes vermittelt
ung der fehlerhaften Beschaffenheit des er-
Balkens oder des erkauften, dazugestellten
Verkäufers: Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed.

it actio conducti in Folge der Corruption
: Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 7);
Sclaven vermittelt durch die Verschweigung
anderen erkauften, den Ersteren zur Flucht
n als fugitivus, oder Verlust einer Sache
e Verschweigung vom Hange des erkauften
oder durch Verschweigung des nachlässigen
etheten Sclaven; nicht minder Verlust der
uslaufen vermittelt durch die verschwiegenen
ten Gefäßes: Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13.
(D. XIX, 2, 60. § 7); Pomp. 9 ad Sab. (D.

durch Aufwand von Impensen vermittelt durch
Sache, in welche die Impensen verwendet
8 Dig. bei Ulp. 17 ad Ed. (D. VI, 1, 37);
. V, 3, 38);
urch Aufwand von Impensen für Erhaltung
s von der schädigenden Handlung betroffen
für Wiederherstellung bei erlittener Körper-
ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7. IX, 1, 3), Ulp.
, 7. pr.); Aufwand für Ankauf von Grund
rwendung von eigenem Grund und Boden
haltenen Begräbnißstätte: Gai. 19 ad Ed.
ufwand von Miethgeld für dolia als Ersatz

dem Zeitalter Augusts die Entscheidung nach Maaßgabe des rigor abgegeben wird. Ja über die Geltendmachung des rigor in den Processen berichtet noch

Quint. J. O. (bald nach dem J. 90) XII, 2, 19: quid, non quaestio iuris omnis aut verborum proprietate aut aequi disputatione aut voluntatis coniectura continetur?

wo die verborum proprietas im Gegensatze zur voluntatis coniectura auf den rigor hinweist; wie denn auch noch bei Pseudo-Quint. Decl. 331 (s. § 9) der Principstreit hervortritt.

Alle diese Momente ergeben indeß lediglich die dem allgemeinen Typus der ganzen römischen Rechtsgeschichte entsprechende Thatsache, daß nicht ohne harten Kampf und lediglich schrittweis ein Princip aus seiner Stellung verdrängt wurde, die wohl befestigt war durch eine während langer Jahrhunderte geübte Herrschaft. Und so auch der rigor, dessen Sturz bereits mit dem Ausgange der vorigen Periode entschieden war und in dem gegenwärtigen Zeitraume nun schrittweis sich vollendet.

Dieser Uebergang von dem rigor zur aequitas vollzog sich indeß nicht ohne gewisse Phänomene, welche als eine zu extreme und mißbräuchliche Geltendmachung der aequitas sich darstellen, als eine allzu eifrige Vertretung eines neuen und nur unter Widerspruch zur Geltung gebrachten Princips. Und zwar tritt die eine dieser Erscheinungen in der Rechtspflege zu Tage: als voluntatis quaestio oder coniectura (§ 19). Denn wie zu Ausgang der vorigen und zu Beginn der gegenwärtigen Periode der Principienstreit über die Geltung je von rigor oder aequitas als Tummelplatz für die advocatorische Rabbulistik oder Kunstfertigkeit diente (§ 51 u. Quint. cit.), so ward nun im Verlaufe der gegenwärtigen Periode dieses Thema allmählich von der voluntatis quaestio verdrängt, als der berechtigten oder unberechtigten Discussion über den Gehalt der Willensbestimmung, welche einer in lite befangenen Willenserklärung zu Grunde liegt, eine Thatsache, welche außer den in § 19 citirten Belegen noch besonders bekundet wird von

Quint. VII, 6, 1: scripti et voluntatis frequentissima inter consultos quaestio est et pars magna controversi iuris hinc pendet;

sowie XII, 3, 7, wo Quint. die durch verborum interpretatio zu gewinnenden Rechtssätze und Entscheidungen dem ius dubium beizählt.

Diese Thatsache aber, daß die Discussion wie Controverse, sei es als theoretische Erörterung, sei es als processualischer Parteivortrag mit besonderer Vorliebe auf jene voluntatis quaestio sich warf, war wiederum für den Rechtsverkehr äußerst bedenklich und bedrohlich, weil mit diesem Thema gerade die allerschwächste Seite des Princips der aequitas berührt wurde. Denn indem dieselbe den Schwerpunkt des juristischen Willens in die rein interne, psychische Willensaction verlegt, und damit im Falle einer Disharmonie zwischen Willensbestimmung und Willenserklärung das Urtheil an jenen rein innerlichen und übersinnlichen Willensact verweist, so wird nun hiermit an und für sich schon eine sehr hochgespannte und äußerst schwierig zu lösende Aufgabe an den mit dem Urtheile über solche Frage betrauten Richter gestellt (§ 44), überdem aber auch der advocatorischen Gewandtheit, wie Rabbulisterei das dankbarste und ergiebigste Gebiet eröffnet, innerhalb dessen eine fertige Dialektik und Combinationsgabe mit Erfolg darauf rechnen konnte, den Richter zu verwirren und einer schlechten Sache den Sieg zu erringen. Und diese Zustände wiederum erklären es nun, daß, während die römische Rechtswissenschaft der Interpretationstheorie immer nur eine untergeordnete Stellung in ihren Arbeiten einräumte, doch dieselbe mit Sorgfalt ebenso die praktischen Hülfsmittel der Interpretation an die Hand gab (§ 27), wie andererseits auch sogar mannichfache Modificationen der Interpretation ex voluntate zuließ (§ 28).

Die andere Erscheinung dagegen, in welcher eine zu extreme Geltendmachung des Princips der voluntas sich offenbart, tritt bezüglich der Testamente hervor und offenbart sich hier zuerst in der Auffassung, daß es Sache der fides sei, den Willen des Testator zu erfüllen, auch dafern eine gesetzliche Verpflichtung dafür nicht vorhanden ist. So als der jüngere Plinius und dessen Freund Statius Sabinus von einer gewissen Sabina zu Erben eingesetzt wurden in einem Testamente, welches zwar einem Sclaven Modestus ein Legat aussetzte unter dem Beifügen: „Modesto quem liberum esse iussi", die Manumission

in der That aber gar nicht enthielt, so schreibt nun, trotz der Ungültigkeit dieser Honorirung (A. 31. 507), Plin. Ep. IV, 10, 3. dem Sabinus, daß er bei der offenbar irrigen Auslassung der Manumission die Letztere vorzunehmen und das Legat zu zahlen bereit sei, unter dem Beifügen: confido accessurum te sententiae meae, cum religiosissime soleas custodire defunctorum voluntatem, quam bonis heredibus (i. e. bonis viris heredibus) intelexisse pro iure est; neque enim minus apud nos honestos, quam apud alios necessitas valet. Und ähnlich schreibt Plin. Ep. V, 7. in dem Falle, wo ein der testamenti factio nicht theilhaftes Subject honorirt war: mihi defuncti voluntas antiquior iure est. Nicht minder sah man es als Sache der fides an, das übermäßige, d. h. das Maaß der lex Falcidia oder des S. C. Pegasianum übersteigende Legat auch bis zu dem übermäßigen Betrage an den Honorirten zu entrichten [676].

Und von hier aus ging man sodann zu dem weiteren Satze vor, daß man jene moralische Verbindlichkeit zur Erfüllung einer juristisch nicht verbindlichen testamentarischen Disposition in eine Rechtspflicht umwandelte und eine solche somit ebenso außerhalb der Gränzen statuirte, innerhalb deren das Gesetz die private Willensbestimmung als bindend anerkennt, als auch außerhalb der Formen, welche das Gesetz als Vorbedingung der Gültigkeit solcher Willensbestimmung aufstellte. Auf diese extreme Geltendmachung des Willens des Testators stützen sich aber die Entscheidungen, daß die in Wirksamkeit getretene Substitution, welche in einem Codicille ausgesprochen und deßhalb nichtig ist, doch gleich als Fideicommiß aufrecht zu erhalten sei [677]; daß sodann die Disposition: „Syrum et Pamphilum liberos esse volo eosque filiis meis tutores do“, welche nichtig ist, da die

676) Cels. 10 Dig. bei Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 5. § 15), Marcell. 22 Dig. (D. XXXIX, 5, 20. § 1), Pap. 11 Resp. (D. XLII, 8, 19), Ulp. l. c. Paul. Sent. rec. IV, 3, 4. Marcian. 4 Fideic. (D. XII, 6, 62), Callistr. 2 Quaest. (D. XLII, 8, 20), Sev. u. Car. im C. Just. VI, 50, 1. Vgl. Cic. de Fin. in A. 480, sowie Voigt, Cond. ob caus. A. 484; vgl. auch Sen. de tranq. an. 11, 2: religiosus homo sanctusque solet tueri fideicommissa.

677) Scaev. 19 Dig. (D. XXXVI, 1, 76): benigna interpretatione.

Manumission wegen der Impubertät der Erben nicht vollzogen werden kann, dennoch in der Weise aufrecht zu erhalten sei, daß durch senatus decretum die libertas ausgesprochen und dann die tutela übertragen wird[678]; daß ferner, dafern das Testament wegen Präterition des suus nullum ist und der praeteritus vom beneficium abstinendi Gebrauch macht, doch die libertates und legata gültig bleiben[679]; und daß endlich das Fideicommiß, wodurch der Erbe dem Legatar die Emancipation seiner Söhne auferlegt, wenngleich dessen Ausführung insofern nicht erzwingbar ist, als eine hierfür competente Behörde mangelt, doch durch eine extraordinaria cognitio aufrecht zu erhalten sei[680]. Ingleichen beruhen darauf auch die Sätze, daß die Stipulation, welche wissentlich über das ungültige oder welche über das übermäßige Legat oder Fideicommiß abgeschlossen wird, nicht anfechtbar sei[681], die Zahlung aber eines solchen Legates keine condictio ob causam: weder ob iniustam causam, noch indebiti begründe[682], und ebenso wenig ein agere in fraudem creditorum[683], als auch in dem Falle, wo der eine Ehegatte dem anderen zahlt, eine donatio inter virum et uxorem ergebe[684]. Und endlich wird auf solche voluntatis ratio auch die Neuerung gestützt, daß dem durch den Modus Honorirten eine a. utilis auf dessen Erfüllung zustehe, so wenn bei Bestellung der dos für die Tochter die Restitution an deren Kinder oder bei der Schenkung deren Restitution an einen

---

678) Paul. sent. rec. IV, 13, 3.

679) Pap. 5 Resp. (D. XXVIII, 3, 17): licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.

680) Ulp. 5 Fideic. (D. XXXV, 1, 92. pr.): neque enim debet conveniri testantium voluntas; vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 678.

681) Marcian. 4 Fideic. (D. XII, 6, 62): fideicommissum in stipulatione deductum, tametsi non debitum fuisset, quia tamen a sciente fidei explendae causa promissum esset, debetur. Marcell. 22 Dig. (D. XXXIX, 5, 20. § 1): qui, quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spopondit, se daturum, — — non possit suae confessioni obviare; Ulp. 76 ad Ed. (D. XXXV, 2, 46); Grat. Val. et Th. im C. Just. VI, 23, 16. § 1. f. Voigt, a. O. § 67 unter a, aa.

682) Voigt, a. O. § 66 unter 1. § 67 unter 1. 2.

683) Pap. 11 Resp. (D. XLII, 8, 19), Callistr. 2 Quaest. (D. eod. 20).

684) Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 5. § 15).

Dritten oder beim Depositum einer fremden Sache deren Restitution an den Eigenthümer ausgesprochen wird[685]. Für alle derartige Fälle aber ward zugleich nun auch der allgemeine Rechtssatz aufgestellt: si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli: Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 10)[685a].

Endlich machte sich solche mißbräuchliche Anwendung des Princips der voluntas auch hinsichtlich der Rechtsgeschäfte unter Lebenden geltend, so bei

Javol. 6 Epist. (D. XXXIX, 5, 25): si rem tibi dederim, ut Titio meo nomine donares eamque tu tuo nomine ei dederis, quantum ad iuris subtilitatem accipientis facta non est et tu furti obligaris; sed benignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri;

denn indem hier die Vindication des Schenkungsobjectes Seitens des Schenkers nicht auf das dictum im Gegensatze zum actum, als vielmehr auf die Richtigkeit des actum selbst sich stützt, so wird nun die doli mali exceptio, welche auch hier nur die voluntatis ratio vertritt[685b], dem Beklagten nur auf Grund einer mißbräuchlichen Verwendung solcher voluntatis ratio zugesprochen.

Dritte Periode.

Die historische Ausprägung der Principien von Constantin d. Gr. bis Justinian.

§ 62.

Historische Stellung im Allgemeinen der Principien.

Die gegenwärtige Periode vollendet den Untergang des rigor, und Alles, was etwa noch an einzelnen Consequenzen jenes

685) Diocl. et Max. im C. Just. V, 14, 7: utilis ex aequitate accomodabitur actio; VIII, 55, 3: benigna iuris interpretatione utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere; III, 42, 8: utilis propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.

685a) Weiteres s. bei Krüger, krit. Vers. 2 fg. 37.

685b) Vgl. Schilling, Inst. § 355 mm.

Princips diesem Zeitraume überliefert und hier beibehalten wird, tritt nicht mehr auf als Träger eines principiellen, wie wohlbewußten Gegensatzes zur aequitas, sondern vielmehr gleich als eine eingebürgerte Ordnung, die man beibehielt, weil sie dem Verkehrsbedürfnisse genügte oder auch weil der Legislation dieser Zeiten der für eine Reform erforderliche schöpferische Gedanke, wie die Energie der Reflexion gebrach.

Insbesondere in der Sphäre der ersten Position, der Solennität der Form, war bereits in der vorhergehenden Periode eine tiefgreifende Abstumpfung und Schwächung des Princips zu Tage getreten, die in einer Zersetzung der Formel, in der Zerstörung der alten Grundlagen ihrer Solennität sich kund gab (§ 60). Dieser Proceß, der bis dahin in allmählicher und geschichtsgemäßer Entwickelung sich vollzogen hatte, indem Stück um Stück von der Solennität der Formel abbröckelte, ward nun von der gegenwärtigen Periode mit Einem Schlage unterbrochen und zu einem ganz plötzlichen Abschlusse gebracht, indem in weitgreifender Weise bereits die Fürsten aus dem flavischen Hause die Aufhebung der alten solennen Formeln decretirten. Diese entscheidende Maaßnahme ward gefördert durch die Verlegung des Regierungssitzes nach Byzanz: denn indem den Bewohnern der hellenisch-macedonischen Länder das wahre Verständniß, die ererbte Vertrautheit, die alt-historische Tradition der lateinischen Formeln mangelte, indem hier daher diese Formeln nur als ein auswärtiges und importirtes Product ihr Dasein behaupteten, und indem so nun der Regierungssitz in einer Umgebung sich befand, welche fremd, wenn nicht antipathisch jenen Formeln gegenüberstand, so mußte nun schon diese Atmosphäre, von welcher die Legislation umgeben war, die rasche Beseitigung der altrömischen Formel befördern, um so mehr, als in dem Reiche im Allgemeinen dieselbe sich überlebte und auch in Italien nur noch als traditionelle Ueberlieferung ein Dasein fristete. Daher ist es eine einfache Würdigung der vorgefundenen Verhältnisse, wenn Constantin d. Gr. und seine Nachfolger durch ihre Constitutionen in durchgreifendem Maaße die Rechtsformel beseitigten: das dictum oder scriptum hört völlig auf, an den Gebrauch kategorisch vorgeschriebener Worte gebunden zu sein und, dafern nicht der Gebrauch des Wortes

überhaupt für entbehrlich erklärt wird, so wird doch seine Wahl dem freien Ermessen des Redenden überlassen, so daß höchstens noch Gewohnheit und hergebrachte Gepflogenheit einen typischen Gebrauch gewisser Redewendungen vermitteln. Dagegen treten nun an die Stelle der solennen Formel andere Rechtsformen, bei denen jedoch ganz andere leitende Gesichtspunkte maßgebend sind und die Willenserklärung nicht mehr an ein kategorisch vorgeschriebenes Wort gebunden ist.

Sodann hinsichtlich der zweiten Position, das rechtsverbindliche Element des Actes betreffend, so schließt bereits die vorhergehende Periode mit dem Siege der aequitas ab, so daß der gegenwärtigen Periode nur die Aufgabe verblieb, das in abstracto unbestrittene und als geltend anerkannte Princip der aequitas in concreto zu bestätigen und zur Anwendung zu bringen. Und indem dies nun geschieht, so verbindet sich damit zugleich die Tendenz, alle etwa noch vorhandenen Unterschiede, welche auf den einstigen Gegensatz von rigor und aequitas zurückweisen, zur Ausgleichung zu bringen, so in der Gleichstellung von Legaten und Fideicommissen. Und indem die letzte Vollendung solcher Aufgaben namentlich von Seiten Justinians in dem vollen Bewußtsein des verfolgten Zieles geschieht, so bietet dies nun jenem Kaiser die willkommene Veranlassung, in ruhmredigen Eitelkeit und mit hochtrabenden Worten der staunenden Welt die volle Größe solcher vermeintlichen Großthat zu verkünden.

Endlich bezüglich der dritten Position, der Relevanz von error, dolus und vis in der Willensbestimmung bei Testamenten, bleibt die gegenwärtige Periode im Allgemeinen durchaus bei den von der Vorzeit ihr überlieferten, in § 59 dargelegten Sätzen stehen: weder wird das überlieferte Gebiet, noch auch der Inhalt selbst der überlieferten Rechtssätze verändert oder modificirt. Eine durchaus vereinzelte Ausnahme ergiebt lediglich die Constitution Zeno's im C. Just. VI, 34, 4, welche demjenigen, den Jemand in seinem Testamente als Erben oder Legatar einzusetzen beabsichtigte, eine Entschädigungsklage wider den gibt, welcher durch vis oder dolus den Erblasser davon abhielt, eine Verordnung, welche die Tendenz bekundet, vis und dolus in ihrer Einwirkung auf die Willensbestimmung auch bei Testa-

menten in die Sphäre des Princips nemo cum damno alterius locupletior fieri debet überzuleiten.

§ 63.

Die Form der juristischen Willenserklärung bei dem Rechtsacte.

Die erste Position des rigor, welche die Willenserklärung an eine bestimmte, kategorisch vorgeschriebene, solenne Formel bindet, verliert in der gegenwärtigen Periode Schritt um Schritt an Boden, bis sie am Endpunkte unserer Betrachtung aller und jeder Geltung entkleidet ist. Diesen Entwickelungsgang vermittelt vornämlich die Legislation, welche schrittweise das eine Rechtsinstitut nach dem anderen seiner alten Solennität entkleidet.

Zuerst Constantin d. Gr. reformirt in jener Richtung sowohl ein einzelnes Rechtsinstitut, das Testament, als auch das im Rechtsverkehre zwischen Eltern und Kindern geltende Recht. Und zwar in letzterer Beziehung wird im Juli 319 das Erforderniß der cretio bei Antritt des mütterlichen Nachlasses beseitigt[686]; im Oct. 319 die von Anton. Pius erlassene (A. 524), aber wieder außer Gebrauch gekommene Vorschrift erneuert, daß für Schenkungen zwischen Eltern und Kindern das solenne Rechtsgeschäft entbehrlich, vielmehr auch die unformale Willenserklärung ausreichend sei[687]; und im Jahre 321 wird endlich verordnet, daß unsolenne Schriftstücke, worin der Erblasser letztwillige Verfügungen über seinen Nachlaß zu Gunsten seiner sui trifft, Rechtsgültigkeit haben, so daß hiermit alle Solennitäten bei Testamenten über die Erbfolge der sui aufgehoben werden[688].

---

686) Constant. im C. Th. VIII, 18, 1. § 1, wozu vgl. das. c. 2. (319); diese Verordnung ward neben anderen mit wiederholt von Constant., Const. et Const. im C. Th. cit. c. 4, wie von Arcad. Hon. et Theod. das. c. 8. § 1. s. A. 691 fg.

687) Constant. im C. Th. VIII, 12, 4. vgl. Schilling, Inst. § 358 b. c. v., sowie Hänel zu C. Th. cit. A. p. Mommsen zu fr. Vat. 249. A. 11.

688) Constant. im C. Th. II. 24, 1 (C. Just. III, 36, 26). Verwandt hiermit sind die Sätze einerseits bei Paul. sent. rec. IV, 1, 11: filio quibuscunque verbis a patre fideicommissum relictum iure debetur (vgl. bei A. 658), wie andrerseits bei Ulp. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 3, 2),

Dagegen die Testamente entbindet Constantin von aller und jeder solennen Formel, so daß ebenso für die Willenserklärung fortan das Wort völlig freigegeben und von jeder Beschränkung seiner Wahl befreit, wie auch die Mancipationssolennität beseitigt ist[689]. Und diese Tendenz verfolgen auch Constantin II, Constantius und Constans, indem sie zuerst durch ein umfassenderes Edict vom 1. Februar 339 ebenso jene Verordnung ihres Vaters wiederholen, als auch die solenne Form der petitio bon. possessionis aufheben[690], und sodann durch ein

---

wonach ein testamentum imperfectum dann Gültigkeit haben soll, wenn es Intestaterben, nicht aber lediglich sui, zu Erben einsetzt, dies aber wiederum nicht schlechthin, sondern nur dann, wenn dadurch ein früheres Testament rumpirt werden soll, welches Andere zu Erben einsetzte; vgl. dazu Bachofen, ausgew. Lehren S. 263. A. 46. Der Rechtssatz Constantin's knüpft an die alte divisio patris familias inter suos (§ 32) an. Theod. in Nov. Th. XVI, 1 (439) reformirt in § 7 das Recht Ulpians, und extendirt in § 5 das Recht Constantins auf die liberi. Die gesammte Rechtsordnung wird endlich umgestaltet von Justinian: s. Bachofen, a. O. 312 fg. Glück, Pand. 42, 157 fg.

689) Das Gesetz selbst ist verloren gegangen, wird aber direct bezeugt von Euseb. de vit. Const. M. IV, 26, und indirect von Nazar. Paneg. Const. 38, 4: veterum calumniosae ambages recisae captandae simplicitatis laqueos perdiderunt; Vict. Epit. de Caes. 41, 14: commodissimus — fuit — calumnias sedare legibus severissimis; Inc. Paneg. Const. (no. VIII) 4, 4, der von Constantin rühmt die abolitae calumniae; ebenso bekundet ein Gesetz Constantins über die Testamente, obwohl in Bezug auf die Zeugen, Arc. et Hon. im C. Th. IV, 4, 3. § 2. Die eine Tendenz des obigen Gesetzes spricht Constantin selbst aus in C. Th. XVI, 2, 4: nihil est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis — — liber sit stilus (321). Ob nun jenes Gesetz neben den Formeln der Dispositionen auch die Mancipationssolennität aufhob oder Letzteres erst durch Theodos II geschah, ist strittig, vgl. Gothofred. zu C. Th. IV, 4, 1. Bachofen, ausgew. Lehren 288 fg.; ich halte das Erstere für richtiger, weil seit Constantin d. Gr. das civile Testament nur 5 Zeugen hat, dies aber auf den Wegfall des libripens und familiae emtor deutlichst hinweist.

690) C. Just. VI, 23, 15. 37, 21 vgl. Justin. im Cod. VI, 23, 31 u. Inst. II, 20, 2. — C. Just. VI, 9, 9. — Dahingegen Th. et Val. in Nov. Th. XVI, 1, pr. (439) bezieht sich lediglich auf die Testamente der gentiles (s. Thl. II § 117). — Wohl aber wird die Verordnung Constantins von Justinian im Einzelnen bestätigt, so bezüglich der Exheredation in Cod. VI, 28, 3 (531), bezüglich der Legate in Cod. VI, 43, 2 (531), wozu

Rescript v. 13. März 339 die cretio bei Erbantritt im Allgemeinen Seitens eines filius familias erlassen[691]. Endlich Arcad. Hon. et Theod. heben im Jahre 407 die cretio im Allgemeinen auf[692].

Sodann mit Constantius und Constans wendet sich die Reform den Proceßacten zu: zuerst heben dieselben im J. 342 die Klagformeln auf[693], während Theodosius im J. 386 die solenne Formel der cessio bonorum beseitigte[694].

Wiederum mit Theodosius und Valentinianus richtet sich die Reform gegen die solennen eherechtlichen Geschäfte: in einer umfassenderen, die familienrechtlichen Geschäfte betreffenden, in acht Stücken uns überlieferten Constitution v. J. 428 beseitigen dieselben die Solennitäten ebenso der Eheschließung, wie der

vgl. Inst. II, 20, 34. I, 14, 3. Eine Inconsequenz ist es daher, daß es trotzdem ungültig bleibt, wenn der Sclave sine libertate mit Legat honorirt wird: Cod. VI, 17, 5. § 2 (531), wozu vgl. A. 507.

691) C. Th. VIII, 18, 4 und dann erläutert von Constantius et Constans im C. Th. eod. c. 5. (349).

692) C. Th. VIII, 18, 8. § 1. vgl. Th. et Val. im C. Th. IV, 1, 1 (426).

693) Die Klagformel hatte bis dahin zwiefache Verwendung: theils bei dem postulare actionem des Klägers, welches entweder durch Vortrag der für die Klage gegebenen intentio oder durch Erbittung des im Edicte proponirten Klagschema erfolgte (vgl. Keller, Civ.-Pr. A. 573), theils bei dem facere iudicem, insofern hiermit die Behändigung der formula Seitens des Magistrates an den iudex pedaneus sich verband. In beiderlei Beziehung hoben nun Constant. und Constans den Gebrauch der alten formulae auf; vgl. Wieding, Libellproc. 128 fg. Gleicher Rechtssatz galt nun auch zweifelsohne bezüglich der Exceptionen, wie bei den Interdicten, welches Letztere ausdrücklich bestätigt wird von Justin. im Cod. VIII, 1, 4, wozu vgl. Wieding, a. O. 489. Nicht hierher gehört dagegen Th. et Val. im C. Th. II, 3, 1 (428), wodurch die exc. non impetratae actionis für den Fall aufgehoben wird, daß der Kläger bei jener unsolennen postulatio actionis die erhobene Klage unrichtig bezeichnet hatte (so etwa die cond. indebiti als cond. ob iniust. caus.), vorausgesetzt nur, daß überhaupt das Klagevorbringen sachgemäß war.

694) C. Th. IV, 20, 3: in omni cessione (bonorum ex qualibet causa facienda, scrupulositate priorum legum explosa, inserirt Justin. im Cod. VII, 71, 6) professio sola quaerenda est. In omni cessione sufficit voluntatis sola professio. Die cessio per nuntium und per epistolam war bereits früher statthaft: Marc. 15 Inst. (D. XLII, 3, 9).

dotis constitutio und insbesondere der dotis dictio und promissio [695].

Endlich zuletzt wird von jener legislatorischen Tendenz auch die Stipulation ergriffen, deren Solennitäten bereits von der vorhergehenden Periode darauf reducirt worden waren, daß eine mündliche, in gewisse typische Redewendungen gekleidete, auf Uebernahme einer obligatorischen Verbindlichkeit gerichtete, initiative Anfrage des künftigen Berechtigten und eine bejahende mündliche Antwort des sich Verpflichtenden erfordert wurde (§ 60). Von diesen Elementen der Solennität der Form wurde nun das Requisit, daß die Anfrage in gewisse typische Redewendungen zu kleiden sei, durch eine Constitution Leo's v. 469 abgeschnitten, so daß demnach jene Anfrage in jeden beliebigen Worten erfolgen konnte [696], womit nun auch die Unterschiede der Bürgschaftsformen je als sponsio, fidepromissio und fideiussio wegfielen [697].

Dahingegen die alten solennen dinglichen Rechtsgeschäfte kamen in der gegenwärtigen Periode ganz außer Gebrauch: die mancipatio ist als Modus der Bestellung von servitutes praediorum rusticorum wohl bereits in der vorhergehenden Periode untergegangen, wogegen sie als Form der Eigenthumsübertragung unter den Söhnen Constantin's d. Gr. in eine formelle,

---

695) Diese 8 Stücke sind die hierher gehörigen C. Th. III, 7, 3 und 13, 4, sowie C. Th. II, 3, 1. (A. 693) und III, 5, 13. IV, 6, 8. V, 1, 9. C. Just. VI, 24, 11. 61, 2.

696) C. Just. VIII, 38, 10: omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus vel directis (s. A. 14), sed quibuscunque verbis consensu contrahentium compositae sunt, legibus cognitae suam habeant firmitatem; wozu vgl. Justin. in Inst. III, 15, 1: Leoniana constitutio lata est, quae, sollemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est, und übereinstimmend Theoph. in h. l. und wogegen ungegründete Ausstellungen erhebt Gneist, form. Vertr. 252. Eine Bestätigung bietet Justinian. im Cod. II, 56, 4. § 6 (529).

697) Fidepromissores scheint die gegenwärtige Periode nicht mehr zu kennen: C. Greg. XII, 1. Rubr., Constantin. im C. Th. VIII, 18, 1. § 3 (319) und Th. et Arc. das. III, 15, 1 (392) nennen nur sponsores und fideiussores. Die Constit. von Grat. Val. et Th. im C. Th. V, 20, 1 (381) ist interpolirt.

nämlich unter Zuziehung von Zeugen vorgenommene Tradition sich verwandelte, wobei die alten solennia verba ganz verloren gingen [698]). Dagegen die in iure cessio kommt in den früheren Zeiten dieser Periode gänzlich außer Gebrauch, während wiederum die fiducia, an die mancipatio und in iure cessio gebunden, mit diesen zusammen unterging [699]).

Endlich die familienrechtlichen Geschäfte fristeten noch längere Zeit ihr Dasein in jener nachlässigen Handhabung der solennen Formel der mancipatio, fiducia und in iure cessio, welche bereits die vorhergehende Periode begonnen hatte (A. 514 fg.) und welche nun in der gegenwärtigen Periode nach Untergang der entsprechenden principalen Geschäfte (A. 698 fg.) nur noch sich steigern mußte. Insbesondere daß bei der manumissio per vindictam, welche Constantius im C. Just. VII, 1, 4 auch vor dem concilium principis vorzunehmen gestattete, alle solennia verba geschwunden waren, darauf weist hin, daß Boeth. (zu Beginn des 6. Jahrh.) in Top. p. 288 Or. diese manumissio als eine untergegangene Solennität beschreibt. Justinian im Cod. VII, 6, 1. (531) stellte endlich die unsolenne Manumission der feierlichen gleich. Dagegen die alte Adoption und Emancipation wurden von Justinian im Cod. VIII, 48, 11. (530) und VIII, 49, 6 (531) ganz aufgehoben.

Was sodann die Sprache der Rechtsacte betrifft, so ward unter dem Drucke der Verhältnisse und nur mit Widerstreben [700])

---

698) Thl. II § 119. Bei der donatio hatte sich von der alten Mancipation her die Erwähnung des sestertius nummus unus von vier Assen erhalten, was Justinian. im Cod. VIII, 54, 37 (531) aufhob; allein auch dies sind zwar typische Worte, nicht aber verba solennia im alten Sinne.

699) Thl. II § 120. Die letzte Erwähnung der in iure cessio scheint mir zu bieten Constantius im C. Just. II, 20, 11 (354): sub venditionis titulo fecerit cessionem. Die alte fiducia verwandelt sich jetzt in das pactum de retrovendendo; das, was die Quellen ferner noch als fiducia erwähnen, ist das Faustpfand im Gegensatz zum pignus als der Hypothek: Thl. II, 490.

700) Denn diese legislatorischen Schritte stehen im Widerspruche mit der Tendenz der byzantinischen Kaiser dieser Periode, die römische Sprache als die officielle des Reiches auch für den Orient festzuhalten, wie ebenso die kaiserlichen Constitutionen und noch die Institutionen und Digesten, als auch die officiellen Inschriften auf Statuen, Gebäuden und Münzen be-

die von der vorigen Periode festgehaltene Ordnung (§ 55) aufgegeben: im Jahre 397 gestattete Arcadius, die Richterurtheile neben der lat. Sprache auch in griech. Sprache abzufassen [701]), und um das Jahr 439 gestatteten Theod. und Valent. auch in griech. Sprache zu testiren und insbesondere die Legate, Manumissionen und die tutoris datio in dieser Weise auszusprechen [702]), womit nun für jedes Rechtsgeschäft des ius civile die griechische Sprache als legales Idiom anerkannt war.

Mit dieser Tendenz aber einer Beseitigung der alten solennia verba geht Hand in Hand theils die von Justinian vollzogene Ausgleichung der Verschiedenheiten verwandter Rechtsinstitute, welche als Nachwirkung des alten Gegensatzes der Principien zurückgeblieben waren, so der Legate und Fideicommisse im Cod. VI, 43, 2 (531), der a. rei uxoriae und ex stipulatu aus der cautio rei uxoriae im Cod. V, 13, 1 pr. (530), theils auch die Schaffung von anders geregelten Rechtsgeschäften und zwar theils neuer unformaler und zugleich vollgültiger Geschäfte, so, außer dem pactum dotale (A. 487. 695), das pactum donationis, wie der contractus emphyteuticarius und suffragii [703]), theils aber auch von neuen formalen Rechtsgeschäften, bei denen jedoch die juristische Form nicht mehr in der Solennität des Wortes, als vielmehr in anderen Formalitäten ganz verschiedener Tendenz (s. § 65) besteht. Diese neuen Rechtsformen sind aber folgende: zunächst die Sanctionirung des Geschäftes durch die Autorität des Kaisers und insbesondere per rescriptum principis: so in ersterer Beziehung bei dem testamentum principi oblatum, in letzterer Beziehung aber bei personenrechtlichen Geschäften, nämlich bei

---

weisen: Ritter im C. Th. VI² p. 31ᵇ fg., du Cange im Glossar. med. et inf. latinit. § 12. Dirksen, Civil. Abhandl. I, 40 fg. Biener, Gesch. d. Novellen, 14 fg. Symm. Ep. III, 11 nennt das Latein die lingua saeculi nostri.

701) C. Just. VII, 45, 12. vgl. Dirksen a. O. 67 fg.

702) Vgl. Nov. Th. XVI, 1, 8. und dazu Dirksen a. O. 92.

703) Justinian. im Cod. VIII, 54, 35. § 5 (530), wozu vgl. Inst. II, 7, 2. Schilling, Inst. § 359 m. — Zeno im Cod. IV, 66, 1, wozu vgl. Inst. III, 24, 3. — Th. Arc. et Hon. im C. Th. II, 29, 2. pr. § 1 (394), wozu vgl. Schilling, a. O. § 329 unter 2.

Arrogation und insbesondere Legitimation [704]), bei Confirmation der formell fehlerhaften Adoption alter Form (A. 514a), bei Adoption von Seiten der Frauen, wie bei Emancipation [705]); sodann ferner die Bekundung des Geschäftes durch das Gericht vermittelst einer Erklärung zu gerichtlichem Protokolle, so bei der litis denuntiatio [706]), bei der manumissio durch filii nominatio bei der Emancipation [707]) und Adoption [708]), bei Eigenthumsübertragung von Grundstücken zur Erfüllung des contractus suffragii [709]), bei Schenkungen [710]) und bei donatio ante nuptias [711]), wie beim Testamente [712]). Drittens dann die Zuziehung eines Notars (tabularius oder tabellio) zu dem Geschäfte, so bei gewissen privilegirten Schenkungen, beim Testamente oder Codicille des Blinden, wie bei Errichtung eines Nachlaßinventars [713]). Ingleichen ferner die Zuziehung von Zeugen, und so zwar von sieben derselben bei der Mancipation der gegenwärtigen Periode (A. 698), wie beim prätorischen Testamente und Codicille, und so wohl auch bei Abfassung von Schenkungsurkunden, wo Constantin d. Gr. im J. 316 Zeugen

---

704) A. 514c und Anastas. und Justin. im Cod. V, 27, 6 (517) 7. (519), Nov. LXXIV, 2. 3. LXXXIX, 9. 10.

705) So schon Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 48, 5 (291); Inst. I, 11, 10. — Anastas. im Cod. VIII, 49, 5. VI, 20, 18. VI, 58, 11. (502) vgl. Inst. I, 2, 6.

706) Constantin. im C. Th. II, 4, 2 (322).

707) Justinian. im Cod. VII, 6, 1. § 10 (531), vgl. Inst. I, 11, 12. — Justinian. im Cod. VIII, 49, 6. (531), vgl. Inst. I, 12, 6. Die Worte der Willenserklärung, wie sie Theoph. in h. l. und Harmenop. I, 17, 7 mittheilen, sind nicht solenn, sondern dispositiv: sie können mit anderen vertauscht werden.

708) Justinian. im Cod. VIII, 48, 11 (530) Inst. I, 12, 8. 11, 1.

709) Th., Arc. et Hon. im C. Th. II, 29, 2. § 2. (394).

710) Schilling, Inst. § 358. 359. vgl. § 356 zz. Savigny, Syst. IV, 199 fg. Burchardi, Lehrb. § 267 fg.

711) Constantin. im C. Th. III, 5, 1. (319), 3. (330), Theod. et Valent. das. c. 18. (428) und dazu Schilling, a. O. § 358 y. ii.

712) Arc. et Hon. im C. Th. IV, 4, 4 (397), Hon. et Th. im C. Just. VI, 23, 19 (413).

713) Schilling a. O. § 358 oo. 359 z. — Justinian. im Cod. VI, 22, 8 (521). — Justinian. im Cod. VI, 30, 22. § 2 (531). Vgl. Glück, Pand. XVIII, 287. A. 92.

vorschreibt [714]); sodann von fünf Zeugen beim Civiltestamente und Codicille [715]), wie bei der manumissio per epistolam und inter amicos [716]); endlich von drei Zeugen für die Privaturkunde, welche den dadurch bekundeten Hypotheken das Vorzugsrecht des sogenannten pignus publicum zu verschaffen geeignet ist [717]), wie für die Documente über Intercession von Frauen (A. 719). Endlich die letzte der gesetzlich vorgeschriebenen Formen ist gegeben in der Niederschrift, welche theils für die Richterurtheile von Valentin., Val. und Gratian. und resp. von Gratian., Valent. und Theod. [715a]), theils aber auch, als Privaturkunde, für die Rechtsgeschäfte vorgeschrieben wird und so zwar von Constantin d. Gr. und Späteren für Schenkungen [716a]), von Theodos, Arcadius und Honorius für gewisse Fälle des contractus suffragii (A. 709), von Zeno und Justinian für gewisse Fälle des contractus emphyteuticarius [717a]), von Justinian für den Ehevertrag höherer Würdenträger [718]), für Intercessionen der Frauen, wie für die fideiussio, dafern dieselbe zeitlich unbeschränkt lautet und eine längere Gültigkeit als auf zwei Monate haben soll [719]). Und hierzu gesellt sich dann noch die litterale Stipulation, welche neben die alt nuncupative Stipulation als ein eigener Litteralcontract gestellt wird und zwar durch eine Constitution Justinians von 531, daß die inter praesentes abgefaßte Urkunde, wodurch der inter praesentes geschehene Abschluß einer Stipulation sammt deren

---

714) Fr. Vat. 249. C. Th. VIII, 12, 1, vgl. Schilling § 358 h. fg.

715) Bachofen, ausgewählte Lehren 287 fg. 317 fg.

716) Justinian im Cod. VII, 6, 1. § 1. 2. (531).

717) Leo im Cod. VIII, 18, 11 (469) und dazu Glück, Pand. XVIII 278 fg.

715a) Valent., Val., et Grat. im C. Just. VII, 44, 2 (371), wozu vgl. C. Th. IV, 17, 1 (374) und Justinian in Nov. XVII, 3. LXXXIII. pr. Grat., Val. et Th. im C. Th. IV, 17, 2 (382); eingeschärft von Val., Th. et Arc. im C. Th. XI, 30, 4 (383), IV, 17, 4 (384).

716a) A. 714. Weiteres s. Schilling, a. O. u. ü. ll. mm. oo. § 359 x.

717a) Zeno im C. Just. IV, 66, 1, Justin. das. c. 2 (529), 3 (530), Nov. CXX, 5. pr. 6. § 2.

718) Nov. LXXIV, 4. § 1 (538), vgl. CXVII, 4.

719) Cod. IV, 29, 23. § 2 (530). — Cod. VIII, 41, 27 (531), wonach die praefecti praetorio gleiche Praxis bereits vorher beobachtet hatten.

Inhalte ausgesprochen wird, eine Stipulation hierüber begründe, überdem aber unter praesentia in der ersteren Beziehung nicht nothwendig die Anwesenheit der beiden Contrahenten bei Abfassung des Documentes zu verstehen sei, als vielmehr lediglich die Anwesenheit derselben in der nämlichen Commune an demjenigen Tage, wo die Urkunde ausgestellt wurde [720]).

§ 64

Das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

In der vorhergehenden Periode gelangte der historische Proceß zum Abschlusse, welcher die aequitas zur alleinigen Herrschaft in dem gesammten Gebiete des Rechtes erhob, indem die Willensbestimmung als das rechtsverbindliche Element bei allen Rechtsacten anerkannt ward (§ 57). Daher wurde der gegenwärtigen Periode ein durchaus einheitliches und consequent durchgeführtes Princip zur Anwendung überliefert und von Jener nun auch ebenso bereitwilligst angenommen, wie mit

720) Cod. VIII, 38, 14. § 2: si inter praesentes partes res acta (sc. stipulatio celebrata) esse dicitur (sc. instrumento), — hoc esse credendum, si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum conscriptum est; vgl. Inst. III, 19, 12 und dazu Schilling, Inst. § 278 ee. Der Vorläufer jener Constitution ist einestheils Cod. II, 56, 4 (529), wo bereits die subscriptio als das die Stipulation perficirende Moment anerkannt wird, anderntheils C. Th. II, 4, 6, wo die Stipulationsurkunde als litterarum obligatio hingestellt wird (A. 611). Neben dieser litteralen Stipulation bestätigt Justinian in Inst. III, 19, 17 und 20, 8 auch den von der vorigen Periode überlieferten Rechtssatz (A. 610), daß das Stipulationsdocument ein Inzicht über die legale Vollziehung der nuncupativen Stipulation ergebe. Im Lebensverkehre bildete das Stipulationsdocument (stipulationem scribere in Cod. V, 13, 1. pr. v. 530) die Regel; allein wenn in Nov. CXXXVI, 4 die Zinsen aus der Stipulation (ἐξ ἐπερωτήσεως) den Gegensatz bilden zu denen aus dem nicht geschriebenen Vertrage (ἐξ ἀγράφου), so bezieht sich dies nur auf den Geschäftsverkehr der Argentarien und beweist nur, daß bei diesen nuncupative Stipulationen gar nicht mehr vorkommen. — In Cod. VIII, 38, 14 cit. findet Gneist, Form. Vertr. 261 eine Fiction, was jedoch sicher irrig ist: s. A. 611; dagegen Savigny, Obl. Rt. II, 208 findet auch darin eine „strenge Vermuthung“: allein dann muß man den Unterschied zwischen dieser Constit. und Inst. III, 19, 12 einerseits und Inst. III, 19, 17. 20, 8 andrerseits leugnen, während Justinian selbst solchen festhält.

durchgreifender Consequenz verwendet. Wenn daher vereinzelte Spuren vom rigor noch in den Digesten Justinians sich vorfinden, so ist dies entweder rechtshistorische Reminiscenz, oder irreguläres Material, dessen Ausscheidung bei der Abfassung der Digesten von den Compilatoren übersehen ward, oder endlich eine Singularität, indem aus Utilitätsrücksichten in vereinzelten Beziehungen dem rigor noch eine Geltung belassen ward, wie z. B. gegenüber der Exheredation (§ 28 unter e). Dagegen im Uebrigen ist die Herrschaft des rigor völlig beseitigt und mit eindringlicher Stimme verkündet es die kaiserliche Legislation, daß die aequitas jetzt die Vertreterin der iustitia und in allen juristischen Beziehungen zur alleinigen Geltung berufen sei:

Constantin. et Licin. im C. Just. III, 1, 8. (314): placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque, quam stricti iuris rationem.

Und dieser Grundsatz wird nun auch in specielleren Beziehungen mehrfach bekundet, so hinsichtlich der Verträge von

Justinian. im Cod. IV, 37, 6: voluntates legitime contrahentium omni modo conservandae sunt;

vornämlich aber hinsichtlich der Testamente, wo der rigor in gewissen Beziehungen am längsten seine Herrschaft behauptet hatte (A. 639), mit ganz besonderem Nachdrucke und in häufigster Wiederholung ausgesprochen von

Th. et Val. in Nov. Th. XVI, 1. pr. (439), sowie namentlich von

Justinian im Cod. VI, 27, 4. VI. 29, 4 [721]). VI, 37, 23. und III, 33, 13. (530), sowie VI, 27, 5. pr. und VI, 42, 32. (531), ingleichen in Just. II, 20, 2. und Nov. I, 2. pr.

Demgemäß werden nun auch die aus diesem Principe sich ergebenden Folgesätze im Einzelnen zur Geltung gebracht, so insbesondere die Ungültigkeitserklärung der simulirten Geschäfte [722]),

---

721) Diese Constit. sagt: frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adiuvantes; diese leges aber sind uns nicht überliefert.

722) Tit. Cod. IV, 22: plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. Justinian. im Cod. IV, 35, 23. pr.

wie die Interpretation ex voluntate und insbesondere die Repression des agere in fraudem legis [723]).

Die systematische Behandlung der Lehre von der Interpretation aber ward dieser Periode als ein altes Erbtheil der Rhetorik überliefert, welches derselben auch gegenwärtig unbestritten überlassen blieb. Allein indem die Rhetorik, den allgemeinen Verfall der Wissenschaften theilend, die Selbstständigkeit und schöpferische Kraft des Gedankens verlor, so begnügte sich dieselbe, die Theorieen der vorigen Periode theils in dürftigen Auszügen, in dürren Schemata oder auch in Katechismen zu reproduciren, theils aber auch, was die Scholiasten des Hermogenes betrifft, mit Commentaren oder Paraphrasen zu versehen, in denen die Breite der Rede die Dürre des Gedankens und den Mangel wissenschaftlicher Erörterung ersetzen soll. In dieser stofflich reichen, aber an Ideen armen, schulmäßigen Ueberlieferung der Rhetorik tritt insbesondere in den Werken eines C. Marius Victorinus, Curius Fortunatianus, Jul. Victor und Sulpit. Victor, wie eines Syrianus, Sopater und Marcellinus auch die Theorie und altüberlieferte Scheidung der Interpretationsfälle in scriptum et voluntas, definitio, ambiguitas, ratiocinatio und contrariae leges hervor; durchgehends in schulmäßiger Uebereinstimmung behandelt, werden diese Interpretationsfälle insgesammt sei es ausdrücklich, sei es implicite auf die ausschließliche Herrschaft der voluntas gestellt (Beil. XVII § IV—VIII); lediglich hinsichtlich der contrariae leges macht eine Verschiedenheit der Auffassung darin sich geltend, daß dieser Fall bei Sulpit. Victor und den griech. Rhetoren mittelbar unter die für das scriptum et voluntas geltenden Sätze gestellt wird, insofern in der Antinomie lediglich ein verdoppeltes scriptum et voluntas anerkannt wird (Beil. XVII A. 65), während bei den übrigen Rhetoren dieser Fall selbstständig behandelt, dabei aber die Geltung der voluntas nicht besonders ausgesprochen, als vielmehr ohne Weiteres vorausgesetzt wird.

Im Uebrigen aber consolidirt sich jetzt der schon in der zweiten Periode sich ausbildende und bereits bei Quintilian

723) Th. et Val. in Nov. Th. IX, 1. pr. (439).

(A. 6, 53) auftauchende und für die richtige Würdigung der Quellen der gegenwärtigen Periode höchst beachtenswerthe Sprachgebrauch, daß man die alten Gegensätze von ius und aequitas, von scriptum oder verbum und voluntas in einer ganz verschiedenen Bedeutung setzte: iure, scripto niti bezeichnet nunmehr denjenigen Parteistandpunkt, der die Willenserklärung als congruent mit der Willensbestimmung hinstellt, während aequitate, voluntate niti die Parteibehauptung bezeichnet, daß die Willensbestimmung durch die Willenserklärung nicht gedeckt werde [724].

§ 65.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

Mit der gegenwärtigen Periode, wie sich der Untergang des rigor in dem Rechte vollzieht, so entschwindet derselbe auch aus dem Bewußtsein des Volkes und lediglich die Wissenschaft, wie Legislation bewahren sich noch eine Erinnerung an dessen einstmalige Geltung im Rechte. Allein die Erkenntniß und Würdigung der einstigen historischen Stellung und Function des rigor liegt auch der Auffassung der Legislation ganz ferne, daher dieselbe darin weiter Nichts, als eine thorheitsvolle Caprice der früheren Zeiten und eine mißbilligenswerthe Spitzfindigkeit, eine scrupulositas, wie subtilitas [725]) erkennt. Am prägnantesten aber prägt sich diese neue Anschauung aus in der tautologischen Verbindung bei Constantin. in fr. Vat. 249 (316): summum ius et voluntas, insofern jetzt nun die Stellung als summum ius, welche dereinst dem rigor zukam (A. 474a), von diesem auf die aequitas übertragen ist.

---

724) Symm. Ep. X, 52: in plerisque causis alterum iure, alterum aequitate niti; Fortun. I, 23: scripti et voluntatis status — — fit —, cum aut prima pars scripto nititur, secunda voluntate, aut cum utraque pars omisso scripto sola voluntate contendit; vgl. Sulp. Vict. 61. 62. Jul. Vict. III, 12. 14. Vgl. auch § 65.

725) Subtilitas, ein von der vorigen Periode aufgebrachtes Prädicat des rigor (A. 671), z. B. bei Justinian. im Cod. VI, 23, 31. III, 33, 13. Scrupulositas bereits bei Diocl. et Max. in fr. Vat. § 314, und so nun bei Arcad., Hon. et Th. im C. Th. VIII, 18, 8. § 1. Th. et Val. im C. Th. III, 5, 13. Justinian. im Cod. VI, 27, 4. VII, 71, 6.

Insbesondere nun die erste Position: die Form der Rechtsacte betreffend, so ging die alte solenne Formel stückweise und allmählig, aber zuletzt doch völlig unter, und Alles das, was davon noch in späteren Zeiten in Uebung geblieben war, ward rein gedankenlos beibehalten, ohne jedwedes Bewußtsein seiner alten juristischen Bedeutung, entfremdet der Volksanschauung dieser Zeiten und in Bestand verblieben lediglich als ein Stück des cautelaren Urkundenstyles, der durch einen reichen Apparat von juristischen Phrasen sich das Ansehen tiefen Wissens, sorglicher Umsicht, wie großer Würde zu geben bemüht ist. Beispiele hierfür bieten die papiri diplomatici bei Marini und so z. B. die Schenkungsurkunde des Theodovius v. 471: hanc — — scripturam donationis — — scribendam dictavi, — — sine dolo malo manu propria subscripsi — — stipulantibusque — — clericis memoratae ecclesiae de omnibus supradictis spopondi [726]. Und mit diesem Untergange der solennen Formel geht Hand in Hand der Untergang der solennen Rechtsgeschäfte selbst: entweder werden dieselben gänzlich außer Gebrauch gesetzt, wie z. B. die dotis dictio (A. 695) oder es verwandelt sich das, was von ihnen noch in Gebrauch bleibt, in eine reine Geschäftsform, wie die Mancipation, welche als formelle Tradition noch fortlebt (A. 698), oder endlich dieselben werden in unsolenne wenn auch mit gewissen Geschäftsformen bekleidete Rechtsgeschäfte umgewandelt, wie z. B. die Testamente (A. 689). Eine durchaus singuläre Stellung behauptet hierin lediglich die Stipulation: nach Beseitigung des Requisites der solennen Anfrage, verbleibt für die Stipulation nur noch das Erforderniß der Frage und Antwort in beliebiger Redewendung (A. 696) oder auch der documentalen Angabe geschehener Frage und Antwort (A. 720), so daß demnach von einer solennen Formel jede Spur verschwunden ist. Dennoch ist an jenen Thatbestand eine eigene Klage: eine condictio oder a. ex stipulatu angeknüpft, welche bei der Stipulation über klagbare Verträge durch eine Novation vermittelt wird. Daher hat die Stipulation

---

726) Bei Spangenberg, tab. negot. p. 163. Die Construction ist: hanc scripturam spopondi de omnibus supradictis. Besser redigirt sind die Urkunden daselbst S. 180 und 210.

auch jetzt noch die Natur des solennen Rechtsgeschäftes sich bewahrt, und ist nicht zur reinen Geschäftsform herabgesunken, trotzdem daß, wie bemerkt, bei diesem Geschäfte von einer solennen Form im Sinne der früheren Zeit gar nicht mehr die Rede sein kann.

Andrerseits schließt jedoch wiederum die gegenwärtige Periode mit einem Endergebnisse ab, welches auf den ersten Blick in hohem Maaße überrascht: nach langem, mühseligen Ringen befreit sich der Rechtsverkehr von der altrömischen Formalität der solennia verba; allein indem er diese Freiheit erringt, werden ihm sofort die Fesseln neuer Formalitäten aufgelegt. Daher behauptet in der That der Formalismus seine alte Stellung im Rechte: er tritt am Ausgange der römischen Rechtsgeschichte als die gleiche Macht auf, als welche er am Eingange derselben erscheint. Dennoch aber birgt sich hinter dieser Gleichheit der formalistischen Tendenz des Rechtes eine tiefgreifende, ja durchaus wesentliche Verschiedenheit: der Formalismus wechselt nicht allein die Formen, auf die er sich stützt, indem er an Stelle der verba certa, solennia, directa und resp. der Solennitätszeugen die kaiserliche Sanctionirung des Geschäftes, das gerichtliche Protokoll, das Notariatsinstrument, das schriftliche Document, wie die reinen Bekundungs-Zeugen setzt, sondern er verwandelt auch die Wesenheit selbst seiner Formen: an Stelle des solennen Rechtsgeschäftes tritt nunmehr die reine Geschäftsform. Denn die wesentliche Eigenthümlichkeit des alten Formalismus beruhte darin, daß auf die verba solennia des Actes die Bestimmung seiner juristischen Individualität in abstracto gestützt war, so daß solche Form die Kategorie selbst ergab, welcher die wesentlichen specifischen Merkmale des betreffenden Actes entnommen waren (§ 1. 34), im Gegensatze zu dem unsolennen Acte, dessen wesenbestimmende Kriterien der Kategorie realer Merkmale: sei es wirthschaftlicher Proportionen, sei es personaler Verhältnisse entlehnt war (§ 1. 37). Dagegen der Formalismus der gegenwärtigen Periode stützt auf die von ihm gesetzten Formen keineswegs neue Geschäftsfiguren, sondern erkennt an und respectirt vielmehr die auf reale Merkmale gestützte Art- und Individualitätsbestimmung der Rechtsgeschäfte und umkleidet nun dieselbe einfach mit einer

besonderen juristischen Formalität, gleich als einem äußeren Gewande. Daher während die solennitas verborum ein wesentliches und zwar constitutives Merkmal des Rechtsactes ergab, dessen juristische Individualität begründend und somit begrifflich mit demselben untrennbar verbunden, ist die neue Form etwas Aeußerliches und Accessorisches, begrifflich Unwesentliches und Zufälliges, welches einfach hinzutritt zu einem Rechtsacte, dessen Wesenheit auf ganz anderen und zwar realen Merkmalen beruht, so daß Rechtsgeschäft und Rechtsform begrifflich selbstständig neben einander stehen und das Erstere von der Letzteren trennbar ist; daher ferner während die verba solennia die Form der juristischen Willenserklärung selbst waren, tritt die neue Form lediglich äußerlich zu dieser Willenserklärung hinzu; daher endlich während bei dem solennen Rechtsgeschäfte dessen verba solennia der klagerzeugende Factor waren und z. B. die Worte an sich: Spondesne? Spondeo die Klage hervorriefen, so wird bei dem formalen Rechtsgeschäfte dieser Periode die Klage durch die Form nicht erzeugt, als vielmehr lediglich in ihrem Effecte bedingt: die Condiction aus dem Schenkungsversprechen geht hervor aus der donatio, nicht aus der Formalität des gerichtlichen Protokolles, welches vielmehr nur als condicio sine qua non zu derselben sich verhält.

Sonach gelangt daher mit der gegenwärtigen Periode die Tendenz zur Geltung und Verwirklichung, an Stelle der solennen Rechtsgeschäfte Rechtsgeschäfts-Formen zu setzen: man beseitigte ebenso die solennen Rechtsgeschäfte, wie die alten verba solennia und führte nun ganz andere Formalitäten neu als Geschäftsformen ein. Und dieser Wechsel des formalen Elementes selbst, jenes völlige Aufgeben des Vorgefundenen und dessen Ersatz durch neu Geschaffenes steht wiederum im Zusammenhange mit den neuen Tendenzen, die gegenwärtig mit dem Formalismus sich verbanden: während die alte Form der solennia verba zunächst nur die Tendenz hatte, die Willenserklärung des Redenden an ein kategorisch vorgeschriebenes Wort zu binden, so haben dagegen die neuen Formen der byzantinischen Zeit unmittelbar die Aufgabe, theils die Rechtsacte unter die Oberaufsicht des Kaisers selbst zu stellen: und dies ist der Fall mit der Sanctionirung des Geschäftes durch die Autorität des

Kaisers, theils aber auch die Rechtsacte sicher zu stellen gegen Rechtsbruch, gegen widerrechtliche Ableugnung und Falscheid: und hierauf beruht die Form des gerichtlichen Protokolles, des notariellen Instrumentes, der Zuziehung von Zeugen, wie der Schriftlichkeit (§ 62). Beiderlei Formen aber gehen hervor aus dem allgemeinen Fehler dieser Zeiten: der Treu- und Gewissenlosigkeit, welche ein freiwilliges Halten des gegebenen Wortes und der eingegangenen Verpflichtung, frei von der Drohung des gerichtlichen Zwanges nicht kennt, und so nun nöthigt, in der Form des Geschäftes eine Sicherstellung für seine Erfüllung zu geben, woneben dann die erste Form insbesondere, die Sanctionirung durch den Kaiser, überdem noch beeinflußt ist von der orientalisch-byzantinischen Idee der höchsten Machtfülle des Fürsten gegenüber dem Unterthanen.

Sodann innerhalb der zweiten Position, das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betreffend, so entschwindet die Geltung des verbum im Gegensatze zur voluntas vollständigst aus dem Volksbewußtsein dieser Zeiten, und Alles, was davon in den Quellen der gegenwärtigen Periode noch zu Tage tritt, ist rein historische Reminiscenz, die mitunter zu oratorischen Zwecken verwerthet wird [727]). In der Legislation aber begegnen wir wiederum der bereits in der zweiten Periode (§ 60 a. E.) wahrgenommenen Erscheinung, daß mitunter bis zu einem geradezu unberechtigten Extreme das Princip der voluntas zur Geltung gebracht wird, so indem Grat., Val. et Th. im C. Just. VI, 23, 16. § 1 (380) vorschreiben, daß die geschehene Anerkennung nichtiger Legate, Fideicommisse oder Manumissionen Seitens des Erben denselben Rechtsbeständigkeit verleihe, Justinian aber im Cod. VI, 27, 4. § 2 (530) verordnet, daß das sine libertate ausgesetzte und deßhalb nichtige Legat oder Fideicommiß (A. 507) dennoch vom Erben und Herrn dem Sclaven zu schenken, somit also als Peculium zu gewähren sei.

---

727) So Liban. Orat. XXVI. Apologet. I. p. 595 d. Mor.: *οὐ γαρ διαδικασίαν τήμερόν ἐστι τοῖς νόμοις πρὸς τοὺς λόγους λαβεῖν·* Decl. X. II. p. 371 d: *τῶν μὲν γραμματικῶν ἔχεσθε, τὴν διάνοιαν δὲ τοῦ τιθέντος οὐ βούλεσθε ἰδεῖν·* vgl. Decl. XXIV. II. p. 559 b: *ὁ δὲ φεύγων, τοῦ νομοθέτου τὴν γνώμην σκοπεῖν ἀξιῶν.*

Der Rechtsverkehr aber und die gerichtliche Praxis dieser Zeiten erhielt zugleich mit jenem Interpretationsprincipe gleich wie eine ansteckende Krankheit die voluntatis quaestio der zweiten Periode (§ 61) überliefert, jene Maxime somit, insoweit irgend möglich die Congruenz der maaßgebenden Willenserklärung mit der Willensbestimmung in Zweifel zu ziehen (A. 724) und so nun die Vorkommnisse der Interpretationsfälle auf das Aeußerste zu vermehren, damit aber ebenso eine Gelegenheit für eigennützige Ausbeutung der Rechtsverhältnisse, wie einen Tummelplatz advokatorischer Spitzfindigkeit und Rabbulistik zu schaffen. Gegen diese krankhafte Neigung wendet sich nun Justinian, indem er im Cod. VI, 28, 3 die Rechtsregel einschärft:

Quum — manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu exsistat,

sowie in Inst. IV, 17. pr.:

Imprimis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est; wozu vgl. Cod. VII, 45, 15.

Und indem unter dem Einflusse solcher Parteimanoeuvres die Sicherheit der Rechtspflege litt, so suchte nun die kaiserliche Legislation solchem Uebel durch die Vorschrift zu begegnen [728]), daß im Falle solcher voluntatis quaestio der Unterrichter das kaiserliche Cabinet zu consultiren und von diesem die Entscheidung des Interpretationsfalles entgegenzunehmen habe:

Constantin. im C. Th. I, 2, 3 (316): inter aequitatem iusque interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere [729]);

Valent. et Marc. im C. Just. I, 14, 9 (454): si quid — in —

---

728) Gleiche Tendenz verfolgt das Verbot Justinians im Cod. I, 17, 2. § 21 (533), „interpretationes" zu den Digesten zu schreiben, damit nicht der Richter dadurch in Verwirrung gebracht werde über den Sinn der betreffenden Dispositionen.

729) Diese Constitution erhält ihre wahre Würdigung durch das im J. 318 von Constantin im C. Th. XI, 29, 1 an die Unterrichter erlassene Verbot, sich mit Consultationen an den Kaiser zu wenden.

legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id imperatoria interpretatione patefieri;

Justinian. im Cod. I, 14, 12. § 1 (529): leges interpretari solo dignum imperio (i. e. imperatori) esse oportet. — Interpres legum solus imperator iuste existimabitur; und so auch Nov. CXIII, 1. pr. (541).

Erst Nov. CXXV (544) gibt den Richtern die Entscheidung der Interpretationsfälle wieder zurück.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

Zweites Buch.

Die Principien der Repression einer ungerechtfertigten Vermögensschädigung und der arbiträren richterlichen Cognition.

Erste Abtheilung.

Die Principien an sich und deren einzelne Positionen.

Erstes Capitel.

Die Principien je von rigor und aequitas.

§. 66.

A. Die Principien der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition.

In Theil I § 66. 73. 99. Beil. VII. § 11. 22. ist dargelegt, wie in der zweiten und dritten Periode Rechtswissenschaft, wie Legislation der aequitas das Prinzip einer Berücksichtigung der individuellen thatbeständlichen Momente der Rechtsverhältnisse überweisen. Eine solche Berücksichtigung des Individuellen in den Rechtsverhältnissen kann nun zwar ebensowohl von einem Organe der Legislative ausgehen, so z. B. in dem kaiserlichen Rescriptenverfahren und so in Wahrheit auch bei Ertheilung einer im Edicte gar nicht proponirten a. utilis oder in factum Seitens des Prätor, als auch von einem Organe der Jurisdiction, so von Seiten des ius dicens im Falle vorbehaltener praevia causae cognitio, wie endlich auch von Seiten des iudex. Allein für das römische Privatrecht gewinnt nur die letzte Beziehung jenes Princips die Bedeutung einer in der Rechtsentwickelung institutionell sich ausprägenden leitenden historischen Idee, hier zugleich sich specialisirend zu dem principiellen Gegensatze der gebundenen und

der arbiträren richterlichen Cognition. Und dieses so specialisirte Princip allein ergiebt den einen Theil der Aufgabe des gegenwärtigen Buches.

Nach Thl. I § 66. 75. 76. gewinnt nun wiederum dies Princip zunächst eine legislative Bedeutung insofern, als dasselbe nicht allein in Aufstellung individueller Rechtssätze für concrete Verhältnisse, somit in Setzung von personales constitutiones sich kund giebt, sondern auch nach der Richtung hin sich manifestirt, daß in den Rechtssätzen oder auch in den Klagformeln Ausdrücke verwendet werden, welche Begriffe repräsentiren, deren logischer Inhalt oder Umfang nicht eine absolute Bestimmtheit in sich trägt, sondern lediglich in relativem Maaße bestimmt oder begränzt ist, so daß hierin dem Organe der Rechtspflege eine Form von flüssigem Denkwerthe an die Hand gegeben wird, mit welcher dasselbe nun bei Beurtheilung des concreten Falles zu operiren hat.

Auf Grund dieses letzteren Momentes gewinnt sodann jenes Princip auch eine eigene jurisdictionelle Bedeutung, insofern in Folge jenes Verfahrens der rechtssetzenden Gewalt dem iudex oder auch dem ius dicens die Stellung eines bonus vir oder ein boni viri arbitrium[730]) d. h. nicht bloß die Aufgabe zufällt, den zu beurtheilenden concreten Thatbestand dem dafür gegebenen Rechtssatze zu subsumiren und die daraus sich ergebende logische Conclusion in seinem Urtheile zu verlautbaren, sondern auch die anderweite Aufgabe, bei solcher Subsumtion den in der maaßgebenden Norm verwendeten, an sich nur relativ bestimmten Begriff mit Rücksicht auf den zu beurtheilenden concreten Thatbestand zu interpretiren: exacter zu bestimmen oder schärfer zu begränzen.

Endlich birgt jenes Princip auch eine Beziehung, welche noch hinter dessen jurisdictionelle Bedeutung und unmittelbar auf den Lebensverkehr selbst zurückgreift: denn indem dem Richter bei Freigebung solcher arbiträren Cognition die Berücksichtigung und

---

730) Vgl. Beil. VII. § 23. 25 fg., sowie Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 2): totam rem ad iudicem id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, u. dergl. Im Allgemeinen vgl. noch die von Birkmayer Exceptionen § 16 beigebrachten Citate.

Erwägung besonderer thatbeständlicher Momente des concreten Falles anheim gegeben wird, so liegt hierin implicite zugleich die Anforderung an den Verpflichteten, selbst die individuellen Momente und Beziehungen des Rechtsverhältnisses, dessen Mitinteressent er ist, bei Bemessung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten in das Auge zu fassen und zu erwägen.

Was indeß jenes Princip in seiner Stellung innerhalb der Legislation betrifft, so gewinnt dasselbe keine selbsteigene rechtshistorische Bedeutung; denn wenn allerdings auch die Rechtsgeschichte das historische Gesetz bekundet, daß die Legislation im Laufe der Rechtsentwickelung den von Alters her verwendeten Begriffen von absolutem Denkwerthe mehr und mehr Begriffe von nur relativer Bestimmtheit substituirte, so fällt doch das, was in diesem Entwickelungsgange eine institutionelle Ausprägung erfährt, vollständig zusammen mit der jurisdictionellen Bedeutung jenes Principes, während darüber hinaus die Ausprägung in eigenartig gestaltetem Rechtsinstitute, somit die eigentliche rechtsgeschichtliche Verkörperung fehlt. Und sodann wiederum die historische Bedeutung jenes Principes für den Lebensverkehr fällt nicht minder vollständig zusammen und wird somit gedeckt von dessen jurisdictioneller Stellung in der Rechtsgeschichte. Daher ist es die jurisdictionelle Beziehung allein jenes Principes, welche ein Thema von rechtshistorischer Bedeutung ergiebt und welche allein auch von den Quellen in solcher Bedeutung gewürdigt wird. Und indem hierdurch ohne Weiteres die hier maaßgebende Aufgabe sich fixirt, so bestimmt sich dieselbe als Darlegung der historischen Ausprägung und Entwickelung, welche das Princip der arbiträren, wie der gebundenen richterlichen Cognition im römischen Civilprocesse erfuhr.

Solches Princip der richterlichen Cognition steht nun in unmittelbarer Abhängigkeit von der im Obigen präcisirten Zwiefältigkeit der von der Legislation verwendeten Begriffe. Und zwar kann die letztere die nur relativ bestimmten Begriffe ebensowohl in demjenigen Theile des Rechtssatzes oder der Klagformel verwenden, welcher den zu normirenden oder zu beurtheilenden Thatbestand setzt, so z. B. in dem modicum tempus zwischen Richterurtheil oder confessio in iure und zwischen a. iudicati, welches Antonius Pius an Stelle der XXX iusti dies der XII Tafeln

setzte,[731]) oder in der iusta causa manumissionis der lex Aelia Sentia, oder in dem Lehrbegriffe der mora[732]) oder in der Abhängigmachung der Ertheilung eines Rechtsmittels von einer iusta causa oder einer praevia causae cognitio Seitens des Prätors[733]); wie aber auch in demjenigen Bestandtheile des Rechtssatzes oder der Klagformel, welcher bezüglich des aufgestellten Thatbestandes die regelnde und anzuwendende Norm setzt, so z. B. dafern an solchen Thatbestand die Verpflichtung zur Leistung des quanti interest angeknüpft wird. Solches Verfahren der Legislation in Bezug auf den ersteren dieser beiden Punkte, rücksichtlich des normirten Thatbestandes, ist nun allerdings von Einfluß auf die Composition des Richterurtheiles und bestimmt ganz unmittelbar die bezügliche Denkoperation selbst, insofern als, wie obbemerkt, der Richter nicht lediglich eine logische Subsumtion des concreten Rechtsfalles unter den bezüglichen Rechtssatz vornehmen kann, sondern den legislativ gesetzten Thatbestand selbst hinsichtlich des gebrauchten Begriffes von nur relativer Bestimmtheit im Hinblick auf den zu beurtheilenden Thatbestand näher bestimmen oder begränzen muß; dagegen aber ist solches Verfahren der Legislation durchaus einflußlos auf die Modalität des richterlichen Urtheiles selbst, indem es nicht unmittelbar in dem letzteren reflectirt und in dessen Form keine specifische Ausprägung findet; denn das richterliche Urtheil lautet in der Entscheidung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Klage ganz gleich, wenn die Statthaftigkeit einer Klage von dem Ablaufe eines modicum tempus oder aber eines Monates abhängig gemacht ist. Wohl

---

731) Ant. Pius bei Callistr. 2. Cogn. (D. XLII, 1, 31), Ant. Phil. bei Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. pr.), Car. im C. Just. VII, 54, 1. Ulp. 51. 70 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 2. V, 1, 21), 5 de omn. Trib. (D. XLII, 2, 6. § 6) u. a. m.

732) Gai. I, 18. Ulp. I, 12 u. a. m. — Anton. Pius bei Marc. 4 Reg. (D. XXX, 1, 32. pr.) an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque iuris auctorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti, quam iuris; Venul. 1 Stip. (D, XLV, 1, 137. § 2): totam rem ad iudicem — remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit, — habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis.

733) Vgl. Dirksen, Versuche 19 A. 56.

aber waltet das entgegengesetzte Verhältniß ob, dafern die Legislation in der an den vorausgesetzten Thatbestand angeknüpften Disposition solche Begriffe von nur relativer Bestimmtheit verwendet. Denn da die Aufgabe des Richteramtes darauf sich erstreckt, in exactem Maaße die dem Beklagten obliegende Leistung zu präcisiren, so muß nun durch die richterliche Instanz alles incertum bezüglich solcher Leistung in ein certum umgewandelt und so nun auch der in dem Rechtssatze oder der Klagformel gegebene Begriff von nur relativer Bestimmtheit in ein concretes Absolutes umgesetzt werden; oder, mit anderen Worten, da den Partheien nicht genügt, zu wissen, daß der Beklagte dem Kläger das id quod interest zu leisten in Wahrheit verpflichtet ist, vielmehr dieselben auch den concreten Betrag solches id quod interest von dem Richter zu erfahren angewiesen sind, so muß auch eine richterliche Instanz für die concrete ziffermäßige Bestimmung dieses id quod interest gegeben sein. Und hieraus nun ergiebt sich ohne Weiteres, daß das obige Verfahren der Legislation in der betrachteten Beziehung nicht allein für die richterliche Denkoperation an sich von Einfluß ist, sondern auch in dem Richterurtheile selbst: in dessen Fassung ganz unmittelbar seine Ausprägung findet. Dahinwiederum dafern die Legislation in der fraglichen Beziehung Begriffe von absolutem Denkwerthe verwendet, so z. B. eine Strafe von 100 auferlegt, reducirt sich die richterliche Urtheils-Operation auf die einfache Subsumtion des concreten Thatbestandes unter den Rechtssatz oder die Klagformel, während die Verurtheilung selbst des Beklagten, sachlich gleichwerthig, ebenso direct die Leistung jener 100 demselben auferlegen, als auch indirect und in der Weise dieses aussprechen kann, daß das Unrechthaben des Beklagten einfach und nackt constatirt wird, da ja bei jener Fassung von Rechtssatz oder Klagformel aus solcher Urtheilsform ohne Weiteres und ganz von selbst die Verbindlichkeit des Beklagten zur Zahlung jener 100 sich ergiebt.

Die hieraus sich ergebende zwiefältige Aufgabe des richterlichen Officium aber, die, wie dargelegt, durch ein entsprechendes zwiefältiges Verfahren der Legislation bedingt ist, gestaltet sich nun in dem römischen Rechte zu dem Träger des Gegensatzes der beiden Principien der arbiträren, und der gebundenen richterlichen Cognition, und damit zugleich zu einem Vehikel des prin-

Auch dieser Untersatz des rigor steht in Correspondenz mit den in § 75 unter III dargelegten Sätzen desselben.

In solcher Verwendung und Beziehung nun prägt sich, wie bemerkt, der den obigen Principien inliegende leitende Grundgedanke bis zu Ausgang der Republik gegensätzlich aus: zuerst innerhalb des Legisactionenprocesses: in den lites und condictiones einerseits, wie in den iurgia und resp. der condictio triticaria andererseits (§ 94), und sodann auch wieder innerhalb des Formularprocesses (§ 108).

Als indeß in der zweiten Periode die Anwendung des präjudizialen Urtheiles auf die dingliche Klage allein beschränkt ward: auf leg. a. sacram. in rem, wie in rem agere per sponsionem, auch hier noch durch die Concurrenz der formula petitoria beeinträchtigt, so verkümmerte das eine Glied jenes historisch ausgeprägten Gegensatzes und damit zugleich der letztere selbst. Wohl aber war inzwischen innerhalb des Formularprocesses ein neuer, dem durch die obigen Principien gegebenenen Gesichtspunkte sich unterordnender Gegensatz zu Tage getreten: in der certi und incerti condemnatio. Denn indem dort der Richter durch die formula angewiesen ist, den Beklagten entweder in die hier concipirte Summe zu condemniren, oder aber zu absolviren, so beschränkt sich dessen Thätigkeit wiederum auf die bloße Subsumtion des Streitfalles unter das Gesetz und es hat sein Urtheil, wenn gleich formell anders lautend, doch den gleichen eng begränzten Spielraum, wie das präjudiziale Urthel in der leg. a., so daß hier zwar in anderer Form, aber doch in gleicher Richtung das Princip des rigor eine Ausprägung gewinnt. Dahinwiederum indem hier dem Richter aufgegeben wird, in eine als incertum hingestellte Geldsumme den Beklagten zu condemniren, so fällt demselben noch der Umsatz dieses incertum in eine certa pecunia sammt aller weiteren, dafür erforderlichen voraufgängigen Cognition anheim, worin wiederum das Princip der aequitas eine Ausprägung findet.

Allerdings nun ist solche Bezüglichkeit des Gegensatzes von certi und incerti condemnatio zu dem Gegensatze von rigor und aequitas der Wahrnehmung der ausgehenden ersten Periode nicht entgangen (§ 108); allein dasselbe ward in seiner theoretischen Bedeutung in den Hintergrund gedrängt durch einen

in noch anderer Richtung hervortretenden dritten Gegensatz der Principien, welcher der zweiten Periode nun Veranlassung gab, in dieser Modalität der Ausprägung den Gegensatz des rigor und der aequitas in das Auge zu fassen und doctrinell anzuerkennen und zu verwerthen (§ 125). Denn unter den mit incerti condemnatio versehenen Klagen heben sich gewisse Gruppen derselben scharf markirt von den übrigen ab, bei denen die dem Richter zufallende arbiträre Cognition sich noch potenzirt; und dies sind theils die bon. fid. actiones, welche auf Grund ihrer Formelconception in dem ausgedehntesten Maaße der arbiträren Cognition des Richters unterstellt sind, theils die actiones arbitrariae, bei denen auf Grund der Restitutionsclausel die Bestimmung der in der pronuntiatio aufzuerlegenden Restitution nach Quale, wie Quantum einer nicht minder freien Cognition des Richters unterliegt (A. 1571). Dahingegen auf Seiten des rigor stellte man nun die condictiones, als die Klagen mit gebundener richterlicher Cognition.

Und dies nun ist die Beziehung, in welcher die zweite und dritte Periode den Gegensatz von rigor und aequitas dogmatisch fixirt und verwerthet hat.

§ 67.

B. Das Princip der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung und dessen Gegensatz.

Der Inhalt des Principsatzes.

Nach Maaßgabe von Thl. I § 65. 71. 99. Beil. VII § 9. 20. wird der aequitas von der zweiten und dritten Periode das Princip überwiesen, daß die Vermögensveränderung, bei welcher die Bereicherung des Einen und die Schädigung des Andern Hand in Hand gehen, zu reprimiren sei [735]). Dieses Princip wird, wenn auch unter mannichfacher Nuancirung des Ausdruckes zunächst in der Formulirung ausgesprochen: nemo cum alterius

---

735) Dieses Princip behandelt W. Sell, Versuche I. no. I, wozu vgl. Denselben, Pauca quaedam ad l. 14 § 3 de praescr. verb. etc. Turic. 1834, sowie in Sell's Jahrb. III, 272. fg. Windscheid, Pand. § 421 fg. Kuntze, Inst. II, 504.

detrimento locupletior fieri oder lucrari debet, und so zwar von

Proc. bei Paul. 30 ad Ed. (D. XIV, 3, 17. § 4): videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram;

Pomp. 9 ex Var. lect. (D. L, 17, 206): iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem; 21 ad Sab. (D. XII, 6, 14): natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem; 14 ad Sab. (D. XXIII, 3, 6. § 2): bono et aequo non convenit lucrari aliquem cum damno alterius;

Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 3, 28): non debet lucrari ex alieno damno;

Ulp. 5 de Omn. Trib. (D. II, 15, 8. § 22): nec enim debet ex alieno damno esse locuples; 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 3): bonae fidei congruit, ne de alieno lucrum sentiat; 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 16): nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris; vgl. 7 ad Ed. (D. II, 10, 1. § 6): ex dolo defuncti heres non lucretur; 25 ad Ed. (D. XI, 7, 14. § 15): lucrari heredem iniquum est;

Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38. pr.); non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere; 30 ad Ed. (D. XIV, 3, 17. § 4): videri me dolum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram;

Tryph. 8 Disp. (D. XX, 5, 12. § 1): ne ex aliena iactura sibi lucrum acquirat;

vgl. Herm. 2 Jur. Ep. (D. V, 3, 52): ne-interpretatio non honesto quaestui lucrum possessori faciat.

Daneben tritt aber auch die Formulirung: nemo damnum sentire debet per alterius lucrum und zwar bei

Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIII, 3, 6. § 2): bono et aequo non convenit aliquem damnum sentire per alterius lucrum;

wozu vgl. Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. pr.): hoc edicto (sc. de dolo proposito) praetor adversus varios et dolosos, qui aliis obfuerunt calliditate quadam, subvenit ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel illis simplicitas damnosa.

Indem somit gleichmäßig bei beiderlei Formulirung des Princips die beiden Momente: der Vermögensschädigung einerseits:

detrimentum, damnum, iactura, und der Bereicherung andrerseits: lucrum locupletiorem fieri festgehalten und in ein Relationsverhältniß zu einander gestellt sind, so werden damit für den dem Prinzipe unterfallenden Thatbestand eine correspondirende Bereicherung und Schädigung je auf Seiten der beiden Interessenten erfordert, und beide ergeben somit zwei gleich nothwendige thatbeständliche Voraussetzungen, an deren beiderseitige, nicht aber einseitige Verwirklichung im Leben das Princip sein Verbot anknüpft. Und so treten denn auch beide Momente als gleichwerthig auf, z. B. bei

Jul. 2 Dig. (D. II, 10, 3. § 1): 'ne propter dolum alienum reus lucrum faciat et actor damno afficiatur.

Im Uebrigen aber verbindet sich mit jener doppelten Formulirung ein verschiedener Denkwerth. Denn bei dem Verbote des lucrari cum damno alterius ist es die schädigende Bereicherung, welche reprimirt wird. Diesfalls daher ist, in logischer Beziehung, die Bereicherung der bestimmende Begriff, zu welchem die Schädigung als determinirendes Merkmal beigefügt ist, während wiederum in sachlicher Beziehung das Verbot unmittelbar und primär wider die Bereicherung, wider die Schädigung dagegen nur mittelbar und secundär sich richtet: die Bereicherung ergiebt das maaßgebende Verhältniß, gegen welches das Verbot sich richtet, während die Schädigung nur eine Qualitätsbestimmung und nähere Prädicirung der Bereicherung beifügt.

Das entgegengesetzte Verhältniß dagegen waltet ob bei dem Verbote des damnum sentire per lucrum alterius, wo die bereichernde Vermögensschädigung reprimirt wird, somit aber die Schädigung den determinirten Begriff und die Bereicherung das determinirende Merkmal ergiebt, wie auch wiederum primär die Schädigung, nur secundär aber die Bereicherung verpönt wird.

Diese zwiefältige Verschiedenheit gelangt aber auch zu theoretischer Ausprägung und zu systematischer Geltung in dem Rechte, in den niederen Rechtssätzen nämlich, welche die Verwirklichung und Herrschaft des Principes in dem Rechte vermitteln. Denn entsprechend der ersteren Formulirung des Principes, welche die schädigende Bereicherung reprimirte, richtet sich die eine Gruppe von Rechtsordnungen auf die Beseitigung der stattgefundenen Bereicherung, in der Weise, daß der ausgleichende Ersatz der

erlittenen Vermögenseinbuße für den Geschädigten nach dem Quantum der andererseits erworbenen Bereicherung bemessen wird, demgemäß die bezüglichen Klagen auch wahre Bereicherungsklagen sind, insofern das Klagobject nach jenem Quantum der Bereicherung sich bemißt. Und dies ist z. B. der Fall theils bei denjenigen Klagen, deren Anwendung auf Grund unseres Principes über ihre ursprüngliche Sphäre hinaus erweitert, dabei aber auf das quanto locupletior factus est oder quod pervenit ad eum oder in rem versum oder dergl. beschränkt wird, theils bei den condictiones ob causam mit Ausnahme der condictio furtiva (§ 81).

Dagegen der anderen Formulirung des Principes, welche die bereichernde Vermögensschädigung reprimirt, entspricht eine andere Gruppe von Rechtsordnungen, welche auf Beseitigung der stattgefundenen Schädigung abzielt in der Weise, daß der ausgleichende Ersatz der erlittenen Vermögenseinbuße für den Geschädigten nach dem Quantum der eigenen Schädigung bemessen wird, und welche demgemäß die bezüglichen Rechtsmittel als wahre Schädenklagen construirt, insofern das Klagobject nach dem Quantum des erlittenen Schadens: dem quanti interest oder quanto minoris est sich bemißt. Und dies wiederum ist der Fall bei den Rechtsmitteln, welche die pecuniären Folgen der verschuldeten Verletzung von Rechtsansprüchen aus Obligationen oder iura in re, wie des delictartigen Verhaltens in Geschäftsverhältnissen auszugleichen berufen sind (§ 80).

Hiermit allenthalben aber geht fernerweit Hand in Hand, daß je nach jener Duplicität ebenso die doctrinelle Auffassung, wie die practische Anschauung der betreffenden Ordnungen und Verhältnisse bald die Bereicherung, bald die Schädigung als das prävalirende und wichtigste Moment vornämlich in das Auge faßt, dagegen das andere correspondirende Moment mehr in den Hintergrund zurücktreten läßt, wie dies z. B. sich geltend macht bei

Jul. in Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 12. § 2): natura quod metus causa actionis, quae damnum exigit,

wo das lucrum exigi übergangen wird; und andrerseits wiederum bei

Ulp. 43 ad Sab. (D. XII, 7, 1. § 3): constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam,

wo wiederum das Erforderniß des damnum sentire nicht ausgesprochen ist, während andrerseits auch wieder unabhängig von jener im Rechte ausgeprägten Verschiedenheit die römischen Juristen bald das damnum, bald das lucrum allein besonders in das Auge faßten, so

Jul. 15 Dig. bei Ulp. 46 ad Sab. (D. XXI, 2, 32. § 1): id agendum est, ne lucrum faciat emtor.

Alle diese Momente schließen indeß nicht aus, daß indem in beiden Formulirungen des Principsatzes selbst so Bereicherung, wie Schädigung als gleich wesentliche Momente des normirten Thatbestandes hingestellt sind, consequenter Weise nun auch die niederen, jenem Principe unterfallenden Rechtssätze ihre normativen Ordnungen an Thatbestände anzuknüpfen haben, in denen gleichmäßig an dem Eintritte der Bereicherung, wie der Schädigung je des Einen der beiden Interessenten festgehalten ist.

Diese Consequenz gelangt nun in der That zu voller Geltung bei jener ersteren Gruppe von Rechtsmitteln, welche die beschehene Bereicherung revociren: denn weil nach der Theorie der aequitas als ein wesentlicher Moment der Obligation ein pecuniäres Interesse des Gläubigers erfordert wurde (A. 1747), das pecuniäre Interesse vom Gegner des Bereicherten aber gerade nur in der von Jenem erlittenen Vermögensschädigung gegeben war, so mußte schon auf Grund dieser Prämissen bei jenen Rechtsmitteln auch der Moment der erlittenen Schädigung seine volle theoretische, wie practische Bedeutung behaupten, in Folge dessen aber jenes Verhältniß gleicher Wichtigkeit der Schädigung, wie der Bereicherung für den rechtsverletzenden Thatbestand seine ungeschmälerte Geltung sich bewahren.

Wohl aber tritt auf Seiten der Gruppe von Rechtsmitteln, welche die beschehene Vermögensschädigung ausgleichen, ein anderes Verhältniß zu Tage: denn hier werden die betreffenden Rechtsmittel nicht in der Weise auf den Thatbestand der stattgehabten Bereicherung des Beklagten gestützt, daß der Kläger eine solche in ihrem Eintritte, ihrer Beschaffenheit und ihrer Höhe in concreto nachzuweisen hätte, als vielmehr es bildet die Schädigung

allein des Klägers den wesentlichen, klagbegründenden Thatbestand. Ja es werden die bezüglichen Rechtsmittel vereinzelt selbst da zugesprochen, wo in Folge der thatbeständlichen Verhältnisse des concreten Falles eine Schädigung des Verletzten überhaupt ohne eine Bereicherung des Verletzenden stattgefunden hat, so z. B. von

Paul. de Libert. (D. XI, 1, 17. pr.): si privatus, coactus a populo manumiserit, quamvis voluntatem accomodaverit, tamen non erit liber.

Diese Erscheinung, daß in dem Principsatze Bereicherung und Schädigung als gleich wesentliche Momente hingestellt, bei der letztbezeichneten Gruppe von Rechtsmitteln aber die Bereicherung des Schädigenden jener ihrer Gleichwerthigkeit wieder entkleidet ist, erklärt sich jedoch daraus, daß, indem die doctrinelle und praktische Anschauung bei jenen Klagen den Schwerpunkt ihrer Betrachtung in der Schädigung im Gegensatze zur Bereicherung fand, dieses auf dem Gebiete der prozessualischen Gestaltung jener Rechtsmittel zu dem bedeutungsvollen Ergebnisse führte, welches in der Bemessung der klägerischen Beweislast hervortritt. Denn sobald nur nach Maaßgabe der Schädigung das Quantum der Rückerstattung sich bestimmte, die Höhe der Bereicherung aber hierauf einflußlos war, so mußte auch die practische Rücksicht auf Vereinfachung und Erleichterung der klägerischen Beweislast überhaupt davon absehen lassen, die Thatsache der Bereicherung als wesentlichen Moment der Klagbegründung, wie des Beweises festzuhalten, so daß demnach lediglich für die Thatsache der Schädigung die prozessualische Bedeutung eines wesentlichen Stückes des Klaggrundes verblieb.

Alle diese Momente schließen nun allerdings nicht aus, daß nicht die Rechtsbildung bei Ausführung des Principes durch Schaffung der hier fraglichen Rechtsordnungen an dem dort gesetzten Verhältnisse eines Zusammentreffens von Bereicherung und Schädigung von Vornherein festgehalten hätte. Vielmehr regeln diese Rechtssätze in der That Vorkommnisse, welche in ihrer gewissermaßen normalen, weil im Lebensverkehre allerhäufigsten Gestaltung, die Schädigung auf der einen mit der Bereicherung auf der anderen Seite verbinden. Allein immerhin äußern doch die obigen Momente auch nach Seiten der Theorie hin die Rück-

wirkung, daß das in dem Principsatze ausgesprochene Merkmal der Bereicherung gegenüber den das Princip tragenden Rechtssätzen zu einem rein potentiellen Werthe und einer nur speculativen und abstrakten Bedeutung herabsank, insofern in concreto die Darlegung der Verwirklichung solchen thatbeständlichen Momentes nicht erfordert wurde, in Folge dessen aber dem Eintritte solcher Bereicherung nur noch die Bedeutung einer legislativen Voraussetzung und eines legislatorischen Gesichtspunktes für die betreffenden Rechtsfälle und deren bezügliche Rechtsmittel verblieb: das Princip selbst ergab zwar für die betreffenden Rechtsmittel die Aufgabe, der mit einer Bereicherung verbundenen Schädigung des Anderen entgegenzutreten; allein jene Rechtsmittel selbst lösen solche Aufgabe auf dem Wege, daß sie allerdings gegen die Schädigung sich richten, den Nachweis jedoch der andrerseits erfolgten Bereicherung in concreto nicht weiter erfordern. Und indem damit in Wahrheit auch das in dem Principsatze ausgesprochene Verhältniß der Gleichwerthigkeit von Bereicherung und Schädigung praktisch wieder verloren ging, vielmehr die Schädigung allein die Stellung als eines allgemein wesentlichen thatbeständlichen Momentes sich bewahrte, so entwickelte sich hieraus endlich auch der weitere Verlauf, daß man die betreffenden Rechtsmittel auch da zuließ, wo ausnahmeweise eine Bereicherung der eingetretenen Schädigung gar nicht gegenüberstand.

Für die rechtshistorische Entwickelung des Principes aber ergiebt sich aus den obigen Verhältnissen das Resultat, daß innerhalb der rechtshistorischen Sphäre des Principes die Vermögensschädigung allein in Wahrheit einen allseitig wesentlichen Moment der bezüglichen Rechtsordnungen ergiebt, wogegen eine damit Hand in Hand gehende Bereicherung nur bei jener ersteren Gruppe von Rechtsmitteln zu einer selbsteigenen systematischen Bedeutung, wie zu rechtshistorischer Ausprägung gelangt.

§ 68.

Die Sphäre des Principsatzes.

Indem das erörterte Princip in seinen beiden Formulirungen: nemo lucrari cum damno, wie damnum sentire per lucrum alterius debet zwei unmittelbar betheiligte Subjecte einander gegen-

überstellt: den Bereicherten und den Geschädigten, so sind damit aus der Herrschaftssphäre des Principes ausgeschlossen diejenigen Vorgänge des Güterverkehres, bei denen jene beiden betheiligten Subjecte in dem Momente, wo Bereicherung und Schädigung für die Wiederherstellung des früheren Vermögensstatus in Frage kommen, einander gar nicht gegenüberstehen. Und dies nun ist der Fall bei den Rechtsgeschäften von Todes wegen. Daher ergiebt sich hieraus für das Princip die Beschränkung seiner Geltung und Herrschaft auf den Vermögensverkehr unter Lebenden. Und dies bestätigt denn auch die legislative Behandlung von error, dolus malus und vis bei dem Testamente (§ 30).

Sodann ergiebt sich für die Sphäre des obigen Principes noch eine weitere Beschränkung historischer Beschaffenheit, insofern der entsprechende Gegensatz der aequitas und des rigor keine Ausprägung und Geltung gewinnt innerhalb des Gebietes des Delictes: und zwar weder bei der Obligation an sich, noch bei den bezüglichen Klagen. Denn indem die aequitas, als Inbegriff gewisser von der jüngeren Volksanschauung vertretener Rechtsanschauungen, nicht schlechthin, sondern nur insoweit sich abgränzt und zur selbstständigen, rechtsschöpferischen Potenz sich erhebt, als jene Anschauungen in einem principiellen Gegensatze zu dem altüberlieferten Rechte ebenso stehen, wie erfaßt werden (Thl. I § 4); indem dagegen das altüberlieferte Delict- und Quasidelictrecht in einem allgemeinen Widerstreite mit den dem obigen Principe entsprechenden jüngeren Rechtsanschauungen zu keiner Zeit gestanden hat, so tritt nun auch auf diesem Gebiete ein Gegensatz zwischen aequitas und rigor gar nicht zu Tage: es giebt innerhalb des Delictes an sich keinen auf das obige Princip gestützten Gegensatz von aequitas und rigor, indem vielmehr der letztere nur auf die Sphäre des Contractes und Quasicontractes, wie des dinglichen Rechtes sich beschränkt, insoweit an dieses Rechtsverhältnisse obligatorischen Characters sich anknüpfen, sei es die Verbindlichkeit zu Ersatz eines Vermögensschadens, sei es die Verbindlichkeit zur Restitution einer Bereicherung.

Endlich die bedeutungsvollste Beschränkung der Sphäre des obigen Principes ist gegeben in dem Momente, welchen Pomp. 9 ex Var. Lect. (D. L, 17, 206) in den Worten: neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem hervorhebt

in dem Ausdrucke iniuria, und welchen in allgemeinerer Beziehung ausspricht

Paul. 64 ad Ed. (D. L, 17, 151): nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet;

wie auch Trebat. bei Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 24. § 12): neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum wozu vrgl. A. 809,

wogegen in der Mehrzahl der unser Prinzip bekundenden Stellen jener Moment als selbstverständlich unausgesprochen gelassen wird. Dies aber ist das Merkmal, daß Bereicherung und Schädigung als ungerechtfertigt sich darstellen müssen, um dem Verbote des obigen Principes zu unterfallen, somit aber die Bereicherung des Einen zum Schaden des Anderen nicht schlechthin reprimirt wird, als vielmehr nur dann, wenn nach einem gegebenen Maaßstabe des Urtheiles solche Vermögensveränderung als mißbilligenswerth oder ungerechtfertigt sich darstellt. Und zwar ist hier, wo die aequitas als Triebkraft und Princip der Rechtsbildung in Betracht kömmt, somit das legislatorische Motiv, nicht aber die Wirkungssphäre des Rechtssatzes in Frage steht, die urtheilende Potenz selbst gegeben nicht in dem ius, als vielmehr allein und unmittelbar in der aequitas selbst, somit in der jüngeren römischen Rechtsanschauung, welche so nun zum Träger jenes Maaßstabes sich erhebt, nach welchem die sachliche Rechtfertigung der besitzverändernden Bewegungen des Güterverkehrs beurtheilt und bemessen wird, so daß vom Standpunkte des historischen Bildungsprocesses nicht die iniuria, als vielmehr die iniquitas der Schädigung und Bereicherung die Sphäre des obigen Prinzipes markirt. Den Maaßstab selbst aber, nach welchem hierbei die aequitas ihr Urtheil setzt, können wir hier, vorbehaltlich genauerer Präcisirung (§ 75) vorläufig bestimmen als das Gesetz der Ordnungsmäßigkeit im bürgerlichen Güterverkehre des römischen Lebens.

Und jener beschränkende Moment innerhalb des obigen Principes gewinnt nun in der That auch historisch darin seinen Ausdruck, daß selbst innerhalb des Gebietes des aequum die Bereicherung zum Schaden des Anderen als ein zu tolerirender Vorgang da anerkannt wird, wo die Volksanschauung in solchem

Vermögensübergange keine Störung des ordnungsmäßigen Güterumlaufes und somit auch keine Verletzung der boni mores, als vielmehr die normale Kundgebung eines nationalökonomischen Gesetzes der Güterbewegung würdigte. Und hierauf nun beruht es, wenn, ohne in einen Widerspruch mit dem obigen Principe zu treten, die Rechtsbildung auf dem Gebiete des aequum Ordnungen und Sätze schafft, welche die Bereicherung des Einen zum Schaden des Anderen sei es als wesentliches, sei es als statthaftes Ergebniß des betreffenden Vorganges zur Folge haben, wie z. B. in dem Rechtssatze, daß der bon. fid. possessor durch Separation der Früchte der res aliena Eigenthum erwirbt und durch deren Consumtion sich bereichern darf:

Paul. 23 ad Ed. (D. X, 1, 4. § 2): ante iudicium percepti (sc. fructus) non omnimodo hoc in iudicium (sc. fin. reg.) venient: aut enim bona fide percepit et lucrari eum oportet, aut mala fide et condici oportet;

wie nicht minder nach Maaßgabe des bezüglich der emtio venditio gültigen Axiomes, welches bekundet wird von

Pomp. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 16 § 4): in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire;

Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 22. § 3): quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus idem iuris est[736]);

oder auch wenn die jüngere Rechtsanschauung altüberlieferte Ordnungen unbeanstandet aufrecht erhält, aus denen die Bereicherung des Einen zum Schaden des Anderen resultirt, wie z. B. die Usucapion.

---

736) Vgl. § 122 und insbesondere Hor. Ep. II, 2, 10 fg.: plenius aequo laudat venalis, qui vult extrudere, mercis; Ulp. 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. § 1): si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri; Reg. (D. XLIV, 7, 25. § 1): ex contractu actio est, quoties quis sui lucri causa cum aliquo contrahit, veluti emendo vendendo, locando conducendo et ceteris similibus; 4 ad Sab. (D. IV, 4, 37), 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 19. pr. § 3); Flor. 8. Inst. (D. XVIII, 1, 43. pr. § 1).

Und endlich tritt zu Alle dem noch die weitere Beschränkung, daß jenes Princip nur insoweit Anwendung erleidet, als die Bereicherung einerseits und die Schädigung andrerseits nicht mit dem Willen des Benachtheiligten selbst eintritt, wie z. B. bei donatio oder commodatum, daher z. B. das Verbot der donatio inter virum et uxorem durchaus nicht der Sphäre des obigen Principes, als vielmehr einem ganz anderen leitenden Gesichtspunkte unterfällt.

So daher ergiebt sich aus Alle dem als Gehalt des obigen Principes der aequitas das Verbot der im Güterverkehre unter Lebenden dem Anderen wider dessen Willen zugefügten und mit der eigenen Bereicherung verbundenen objectiv ungerechtfertigten Vermögensschädigung, demgemäß dasselbe selbst sich characterisirt als Princip der Repression der objectiv ungerechtfertigten Vermögensschädigung oder, in affirmativer Fassung, als Princip des Erfordernisses eines zureichenden objectiven Grundes der Vermögensveränderung im Güterverkehre unter Lebenden.

Die weiteren Fragen endlich, wie im römischen Rechte das Wesen der Schädigung aufgefaßt und in welchen Vorkommnissen die mangelnde Rechtfertigung der Vermögensschädigung statuirt wurde, ist in § 69 fg. im Näheren zu erörtern, wogegen bezüglich der Bereicherung die entsprechenden Fragen in § 69 und 81 ihre Erledigung finden.

§ 69.

Das Wesen des Schadens.

Die für das Princip der Repression einer ungerechtfertigten Schädigung maaßgebenden Einwirkungen auf die Vermögensverhältnisse werden in den Quellen bezeichnet durch die Worte damnum, detrimentum, iactura einerseits und lucrum oder lucrari, wie locupletiorem fieri andrerseits (§ 67).

Diese Ausdrücke vertreten zwei Gruppen von Begriffen, und zwar zunächst auf Seiten der Vermögensminderung die drei Begriffe von:

Einbuße: iactura d. i. diejenige Aenderung eines Vermögensstatus, welche in einem Abgange an demselben besteht. Und zwar ist solcher Abgang ein zwiefältiger: ein negativer und

ideeller, nämlich Wegfall eines Erwerbes, und ein positiver und reeller, nämlich

Verlust: detrimentum oder quantum, quod abest (A. 743) d. i. diejenige Einbuße, welche in einer Verminderung des bereits innegehabten Besitzstandes von Gütern besteht. Und sodann

Schaden: damnum ist diejenige Einbuße, mit welcher ein Nachtheil: incommodum d. i. eine Beeinträchtigung der realen Interessen Jemandes sich verbindet[737]). Demzufolge ist daher der Schaden, entsprechend wie die Einbuße ebenso ein negativer, wie ein positiver.

Das Resultat aber des positiven Vermögensschadens ist das pauperiorem fieri.

Auf Seiten der Vermögensverbesserung dagegen treten als die correspondirenden Begriffe gegenüber:

Gewinn: lucrum, als die Veränderung eines Vermögensstatus, welche in einem Zugange zu demselben besteht. Und solcher Zugang ist ebenfalls zwiefältig: ein negativer und ideeller:

---

737) Der Schaden ist das Product eines Zusammentreffens von Einbuße und Nachtheil: von iactura und incommodum, daher derselbe sich definiren läßt ebenso als diejenige Einbuße, welche mit einem Nachtheile für den Betreffenden verbunden ist, wie auch als derjenige Nachtheil, welcher mit einer Einbuße an Gütern sich verbindet, die selbst Träger der realen Interessen des Betroffenen sind, oder kürzer ebenso als nachtheilige Einbuße, wie als der mit einer Einbuße verbundene Nachtheil. Im Uebrigen vgl. Voigt, Bedeutungswechsel gewisser — technischer lat. Ausdrücke 110 fg. Nach Alle dem ist jeder Schaden begleitet von einer Einbuße: Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33. pr.): in lege — Aquilia damnum consequimur et amisisse dicimur, quod etc. und 57 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 3): damnum et damnatio ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt; und Weiteres Voigt a O. 155; nicht dagegen resultirt jede Einbuße einen Schaden: Justin. H. Phil. II, 5, 11: amissis LXXX milibus hominum —, quae iactura abundante multitudine inter damna numerata non est. — Detrimentum ist ebenso wie emolumentum entlehnt von gewissen Manipulationen mit dem Getreide; und zwar ist ersteres eine Unterart der iactura: Sen. de Brev. 8, 4: tolerabilis est illis iactura detrimenti latentis, wo der Genitiv epexegetisch zu fassen ist: die Einbuße, welche in einem nicht wahrgenommenen Verluste besteht. — Endlich der Nachtheil ist nicht nothwendig Schaden: das damnum infectum ist ein Nachtheil, aber kein reeller Schaden: § 70.

Abwendung eines Verlustes, und ein positiver und reeller, nämlich

Erwerb: emolumentum oder quod pervenit ad aliquem[738]) d. i. derjenige Gewinn, welcher in einer Vermehrung des bereits innegehabten Besitzstandes an Gütern besteht. Und sodann

Nutzen: utilitas ist derjenige Gewinn, mit welchem ein Vortheil: commodum d. i. eine Förderung der realen Interessen Jemandes sich verbindet, daher nun der Nutzen, entsprechend wie der Gewinn, ebenso ein negativer, wie ein positiver sein kann. Endlich

Bereicherung: locupletiorem fieri oder, in technischer Nuancirung des Ausdruckes (A. 918) ebenfalls quod pervenit ad aliquem ist die aus dem positiven Nutzen resultirende Verbesserung der Vermögensverhältnisse.

So daher vertreten die Worte iactura und lucrum, damnum und utilitas, detrimentum und emolumentum die begrifflichen Gegensätze von Einbuße und Gewinn, Schaden und Nutzen, Verlust und Erwerb, während das locupletiorem fieri seinen Gegensatz in dem pauperiorem fieri findet[739]).

Von allen jenen Begriffen sind indeß für den Principsatz an sich maaßgebend nur das damnum, wie locupletiorem fieri. Allein in Folge eines freien Gebrauches in Verwendung der Begriffe tritt hierbei an Stelle des locupletiorem fieri auch das lucrum oder lucrari, während wiederum in Vertretung von damnum auch verwendet werden iactura, wie detrimentum[740]). Und

---

738) So bei Ulp. 30 ad Sab. (D. X, 3, 3. pr.), Paul. 59 ad Ed. (D. XLII, 5, 14. § 1). Wegen der technischen Bedeutung des Ausdruckes s. A. 918.

739) So z. B. Pap. 13 Resp. (D. XXXV, 2, 15. § 5); ita fit locupletior, ut tanto pauperior esse videatur; Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 58): donatio quae et donantem pauperiorem et accipientem facit locupletiorem. Dann pauperiorem fieri z. B. Procul. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XXI, 2, 16. § 2), Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 1) u. a. m.

740) So in erster Beziehung bei Jul. 2 Dig., Pomp. 14 ad Sab., Gai. 4 ad Ed. prov. u. a. in § 67 cit. In zweiter Beziehung bei Paul. 20. 30 ad Ed. Tryph. 8 Disp. in § 67 cit. In letzter Beziehung bei Pomp. 9 ex var. Lect. und 21 ad Sab. in § 67 cit. Vgl. auch § 89.

entsprechende Irregularitäten des Sprachgebrauches treten, wie mannichfach in den Quellen, so auch in der Behandlung des Schadens zu Tage, so indem das detrimentum vertreten wird durch damnum oder durch amittere[741]), der Wegfall des Erwerbes aber bezeichnet wird als amissa utilitas oder amissum lucrum oder commodum[742]).

Im Uebrigen aber heben die Quellen die zwiefache Modalität der den Schaden resultirenden Einbuße: als detrimentum, wie als Wegfall eines emolumentum mehrfach hervor, so namentlich

Vivian. bei Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 41): omnia, quaecunque habiturus vel assecuturus erat is, — restitui — debere;

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8): in hanc arbitrariam quod interfuit veniet — — et lucri ratio habeatur, non solius damni; 30 ad Sab. (D. X, 3, 3. pr.): in communi dividendo iudicio — pervenit, — si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi;

Paul. 76 ad Ed. (D. XLVI, 8, 13. pr.): in quantum mea interfuit id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui; 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33. pr.): in lege — Aquilia damnum consequimur et amisisse dicimur quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur;

Diocl. im C. Just. V, 51, 7: quidquid — amiserint vel, quum possent, non quaesierint;

---

741) Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8): in hanc arbitrariam quod interfuit veniet — et lucri ratio habeatur, non solius damni. — Diocl. et Max. im C. Just. V, 51, 7: quidquid amiserint vel, quum possent, non quaesierint.

742) So Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 8): utilitates — si quae amissae sunt, — aestimandae a iudice sunt; vergl. Paul. 23 ad Ed. (D. X, 1, 4. § 1): aliquam utilitatem ex eo loco percepit. — Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33): quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur; Ulp. 27 ad Ed. in A. 741; Paul. 76 ad Ed. (E. XLIII, 8, 2. § 11): damnum — pati videtur, qui commodum amittit. Vgl. Schilling, Inst. § 232 h.

Justinian im Cod. VII, 47, 1: non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interest statuerunt;

während den Wegfall des Gewinnes insbesondere hervorheben:

Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33): quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur;

Ulp. 68 ad Ed. (D. XLIII, 8, 2. § 11): damnum — pati videtur, qui commodum amittit.

Und zwar wird hierbei der Verlust, das detrimentum umschrieben als Einbuße des habere oder als quantum, quod abest,[743]) während der Wegfall des Erwerbes umschrieben wird als Einbuße des rem assequi, consequi, quaerere, wie auch des id quod pervenit, so bei den citirten Vivian., Paul. 2 ad Plaut. und Diocl.

Die Interessen selbst aber, welche in dem Schaden beeinträchtigt werden, müssen reale, nicht aber ideale sein. Während daher die menschlichen Interessen selbst so vielfältig sind, als es überhaupt verschiedene Zielpuncte der menschlichen Bestrebungen giebt: in Religion, wie Wissenschaft, in Kunst, wie Fertigkeit, im Gefühlsleben, wie in der Ethik, in Gesundheitsverhältnissen, wie Besitzstand, so sind nun von allen diesen mannichfachen Interessen nur die realen allein maaßgebend für das Wesen des Schadens. Daher liegt hierin, daß die mit einer Einbuße verbundene Beeinträchtigung des sogen. Affectionsinteresses für sich allein, so die Verletzung des religiösen Gefühles durch die blasphemistische Zerstörung eines zum Cultus dienlichen Objectes, oder des Gefühles von Liebe oder Freundschaft durch den verübten Mord dem Begriffe des Schadens gar nicht unterfällt. Dagegen begründet andererseits die mit einer Einbuße verbundene Beeinträchtigung eines jeden realen Interesses den Thatbestand des Schadens, daher die Beeinträchtigung ebensowohl der körper-

---

743) In erster Beziehung vergl. den obcitirten Vivian.; wegen abesse Jav. 8 ex Cass. (D. III, 5, 28); Jul. 3. 33 Dig. (D. III, 5, 6 § 3. XXX, 1, 82); Gai. 3 ad Ed. prov. (D. III, 5, 2); Ulp. 30 ad Sab. (D. X, 3, 3. pr.); Paul. 11. 76 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 2. XLVI, 8, 13. pr.).

lichen Integrität und des guten Namens,[744]) wie der pecuniären oder Vermögensinteressen.

Allein auch der Schaden ist nicht in allen diesen seinen mannichfachen Beziehungen, sondern lediglich als Vermögensschaden im Besonderen: als damnum pecuniarium[745]) maaßgebend für das hier fragliche Princip: denn das damnum, welches dort der Bereicherung, dieselbe vermittelnd, gegenübertritt, ist allein der Vermögensschaden. Dieser Vermögensschaden aber ist die Beeinträchtigung der pecuniären Interessen durch Einbuße an den als Träger solcher Interessen dienenden Gütern. Somit ist für das Wesen des Vermögensschadens maaßgebend allein die Beschaffenheit des beeinträchtigten Interesses als Vermögensinteresse, keineswegs aber die Beschaffenheit des von dem benachtheiligenden Vorgange unmittelbar betroffenen Objectes als Vermögensobject. Daher ergiebt einerseits die Beeinträchtigung eines andersartigen, wie z. B. eines sympathetischen Interesses durch Einbuße an einem Vermögensobjecte, so an einem an sich völlig werthlosen Bilde an und für sich keinen Vermögensschaden, wogegen andrerseits, worauf weiter zurückzukommen ist, die Beeinträchtigung des Vermögensinteresses durch unmittelbare Einbuße an einem andersartigen Gute, wie z. B. an einem Körpergliede wiederum mittelbar einen Vermögensschaden resultiren kann. Die Einbuße an einem Vermögensobjecte ergiebt daher für den Vermögensschaden nicht einen selbstständigen wesentlichen Moment, sondern ist für denselben lediglich secundär erforderlich, insoweit nämlich, als davon die Beeinträchtigung des Vermögensinteresses abhängig ist (A. 749).

Jenes Vermögensinteresse im Besonderen aber ist es, welches das Wesen des Interesse im juristisch-technischen Sinne[746]) er-

744) So z. B. Ulp. 23 ad Ed. (D. IX, 3, 1. § 5. 6): damna, quae in rem hominis liberi facta sunt, — — quae in corpus eius admittuntur; Sept. Sev. und Carac. im C. Just. V, 47, 1: damnum existimationis; auch Cic. ad Att. X, 8, 7: damnum meae laudis u. a. m.

745) So Ulp 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 17. § 19), 23. 44 ad Ed. (D. IX, 3, 5. § 5. XXXVIII, 5, 1. § 15).

746) Vgl. darüber Mommsen, Beiträge zum Oblig. Rt. II. Cohnfeld, Lehre vom Interesse. Im vulgären Sinne ist Interesse in subjectiver Beziehung: affectus, affectio die einem Vorstellungsobjecte zugewendete Theil-

giebt als des Betheiligtseins Jemandes an den dasjenige Object betreffenden Vorgängen, welches in einem vortheilhaften Bezüglichkeitsverhältnisse zu dem Vermögen des Betheiligten ebenso steht, wie auch, als Gut, von dem letzteren selbst gewürdigt wird.[747]) In den Quellen aber wird dieses Interesse vertreten

---

nahme, welche auf einem Wohlgefallen an solchem Objecte beruht; dahingegen die Interessen in objectiver Beziehung: utilitas, interest nostra sind dasjenige Verhältniß des Betheiligtseins Jemandes an den ein Vorstellungsobject betreffenden Vorgängen, welches auf einer solchem Objecte vom Betreffenden zugewendeten, durch ein Wohlgefallen hervorgerufenen Theilnahme beruht. So in ersterer Beziehung Ulp. 44 ad Ed. (D. XXXVIII, 5, 1. § 15): affectio vel opportunitatis vel coeli vel quod illic educatus sit vel parentes sepulti; Sev. Alex. im C. Just. V, 31, 2: maritus — rebus uxoris suae debeat affectionem; vgl. auch A. 2. Dagegen in letzterer Beziehung Pomp. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. XXIII. 4, 6): utilitas nubentium; Tryph. 4 Disp. (D. XLIX, 15, 12. § 3): publica nuptiarum utilitas, sowie § 27 unter 4; und anderentheils Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 1): interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi; 60 ad Ed. (D. XXIII, 3, 2): rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. — Die Definition von Cohnfeldt, Interesse 57: Interesse ist aller von einer Thatsache für eine bestimmte Person abhängige Vortheil, oder: Alles, was Jemand von dem Eintritt oder Nichteintritt eines gewissen Ereignisses haben würde, ist in letzter Fassung formal fehlerhaft: denn „Alles" ist nicht das genus proximum des Interesse, in beiderlei Fassung aber real unwahr: denn das Interesse ist weder ein Vortheil, noch ein Haben-Werden, als vielmehr ein Betheiligtsein, welches afficirt werden kann ebenso durch Vortheil, wie durch Nachtheil und ebenso durch haben-werden, wie durch nicht-haben-werden.

747) Puchta, Pand. § 225 definirt: Interesse ist die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach einem beschädigenden Ereigniß bestehenden Vermögen und dem Betrage desselben, wie er ohne jenes Ereigniß sein würde; und ähnlich bereits vorher Unterholzner, Schuldverhältnisse I § 125, wie nachher Arndts, Pand. § 206, Mommsen a. O. § 1. Allein diese Definition ist unwahr: nicht das Interesse, als vielmehr das Resultat der Verletzung wie der Förderung des Interesses d. i. der Schaden wie Nutzen sind Vermögensdifferenz (s. A. 787), wogegen das Interesse lediglich das Betheiligtsein an den solches öconomische Ergebniß resultirenden Vorgängen ist. Und dies ergeben auch die Quellen zur Genüge, so z. B. Pap. 12 Quaest. (D. XLVII, 2, 80. § 1): ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit (sc. quam corpus ipsum), utilitas mea referenda est, wo interest (d. i. abest s. § 124 unter I) die passive Differenz und utilitas das Interesse bezeichnet, somit Vermögensdifferenz und Interesse als zwei durchaus selbstständige Momente auftreten.

durch utilitas, wie nostra interest, wofür beispielsweise Belege bieten

Nerat. 2 Membr. (D. II, 11, 14): procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest;

Ped. bei Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33. pr.) und Paul. 2 ad l. Iul. et Pap. (D. XXXV, 2, 63. pr.): pretia rerum non ex affectione (Ped.) oder affectu (Paul.) [Interesse im subj. Sinne] nec utilitate [Interesse im obj. Sinne] singulorum, sed communiter funguntur;

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. pr.): arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris, quam rei. Quodsi rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio, quam intentatum est, at si actoris, maioris pecuniae fiat; 72 ad Ed. (D. XLIII, 4, 1. § 5): haec verba — continent utilitatem venditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei, qui prohibuit, condemnetur.[748])

Im Besonderen aber ist dieses Interesse wiederum ein fünffältiges, entsprechend hierin der Verschiedenheit der vortheilhaften Bezüglichkeitsverhältnisse der Güter zu dem Vermögen: als Erwerb, Gebrauch, Erhaltung, Verbesserung und vortheilhafte Entäußerung, so daß daher die Beeinträchtigung eines jeden dieser Verhältnisse einen pecuniären Nachtheil oder eine Beeinträchtigung des Interesse begründet.

Was sodann die Einbuße im Besonderen anbetrifft, die den Vermögensschaden resultirt, so kann dieselbe, wie obbemerkt, an allen denjenigen Gütern sich vollziehen, welche objective Stützpuncte oder Träger jenes Interesses sind, daher durch das Mittel ebensowohl des Vermögensobjectes, wie aber auch eines andersartigen Gutes, so z. B. des guten Namens oder der guten Meinung der Mitbürger von der Solvenz des Betreffenden, in-

748) Besonders significant sind Wortverbindungen wie utilitas venit in aestimationem oder in iudicium, so z. B. bei Nerat. in Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 8), Paul. 22. 33 ad Ed. (D. IX, 2, 22. pr. XIX, 1, 21. § 3), und utilitas actoris oder rei oder dergl., so z. B. bei Nerat. cit., Cels. in Ulp. 77 ad Ed. (D. XLV, 1, 81. § 1), Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8), Paul. 26 ad Ed. (D. X, 4, 10). Wegen temporis utilitas s. A. 751.

sofern Ehrenhaftigkeit und Redlichkeit, wie Solvenz die Grundlagen des Credits sind; dann ferner der Freiheit, wie der Integrität von Körper und Geist, insofern jene die Möglichkeit, diese aber die maaßgebenden Factoren des Erwerbes ergiebt; nicht minder aber auch des politischen Rechtes, insofern mit diesem pecuniäre Beneficien verbunden sind.[749]) Die Einbuße an solchen Gütern aber, welche Träger des Vermögensinteresses sind, gestaltet sich im Besonderen zur Minderung des pecuniären Gehaltes solchen Gutes oder der demselben innewohnenden Potenz zur Erfüllung pecuniärer Functionen (potestás: A. 752), wobei solche Minderung ebenso als Verlust, wie als Wegfall eines Gewinnes sich vollziehen und ebenso durch juristische, wie durch physische oder auch beziehentlich durch psychische Einwirkung herbeigeführt werden kann. Und sodann kann wiederum solche Minderung der pecuniären Potenz des Gutes nach acht verschiedenen Kategorien, denen das letztere unterfällt, sich vollziehen: der Existenz nämlich, der Form, Qualität, wie pecuniären Bezüglichkeit, der Quantität oder Zahl, der Zeit und des Raumes, wie endlich der omnis causa.

Und zwar zunächst die Minderung der pecuniären Potenz

749) So bezüglich der Integritat des Körpers Gai. 6 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7): quum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes — operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est; und bezüglich politischer Rechte Scaev. 17 Dig. (D. XXXII, 1, 35. pr.): patronus liberto statim tribum emi petierat; libertus diu moram ab herede patroni passus est et decedens heredem reliquit clarissimum virum; quaesitum est an tribus aestimatio heredi eius debeatur? Respondit: deberi. Idem quaesiit an et commoda et principales liberalitates, quas libertus ex eadem tribu usque in diem mortis suae consecuturus fuisset, si ei ea tribus secundum voluntatem patroni sui tunc comparata esset, an vero usurae aestimationis heredi eius debeantur? Respondi: quidquid ipse consecuturus esset, id ad heredem suum trasmittere, wo die Tribus-Angehörigkeit, als Bedingung der Theilnahme an den Frumentationen und Congiarien in Frage steht; vgl. Mommsen, röm. Trib. 194 fg. — In allen den obigen Fällen ist jedoch der Vermögensschaden nur ein indirecter; und zwar bei Scaev. insbesondere wird geschieden zwischen dem bereits erlittenen Schaden: den commoda et liberalitates, quas consecuturus fuisset und den künftigen Folgewirkungen des Schadens: der aestimatio tribus d. i. den commoda et liberalitates, quas consecuturus erit.

des Objectes für den Geschädigten nach der Kategorie der Existenz gestaltet sich ebenso zum physischen Untergange einer res oder zum Unmöglichwerden einer Leistung, wie zum Verluste des commercium, welchen die res erleidet, so z. B. durch Manumission, oder auch zum Uebergange der zubehörigen res in die dingliche Rechtszuständigkeit eines Anderen, so z. B. bei Verlust in Folge von Usucapion oder Specification oder Eviction, wie endlich auch zur Vorenthaltung eines Objectes, bezüglich dessen dem Betreffenden ein dinglicher oder persönlicher Rechtsanspruch oder auch die Aussicht auf Erwerb zustand.

Sodann nach der Kategorie der Form wird die pecuniäre Potenz des Objectes gemindert z. B. durch dessen partielle äußere Beschädigung.

Die Qualität ferner des Objectes wird gemindert durch die pecuniär nachtheilige Veränderung seiner natürlichen Eigenschaften, wie z. B. das Verderbniß von Consumtibilien, die Beeinträchtigung der Nutzfähigkeit von Nicht-Consumtibilien, die moralische Corruption des Sclaven, so bei Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 9. § 3), Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 8).

Dann wiederum eine Minderung der pecuniären Potenz des Objectes nach der Kategorie seiner pecuniären Bezüglichkeit tritt vornämlich ein, dafern bei Vorhandensein eines aus einer Mehrheit gleichartiger Individuen sich zusammensetzenden Sachencomplexes, welcher nach dem Gesichtspuncte der pecuniären Interessen ein einiges Ganze bildet (sogen. universitas facti), ein zu solchem Complexe behöriges Individuum lädirt und nun durch und in demselben insofern zugleich auch der pecuniäre Gehalt des gesammten Sachencomplexes im Ganzen gemindert wird, als der Totalwerth des Complexes auf Grund der Zusammenbehörigkeit der betreffenden Individuen die Gesammtsumme der Einzelwerthe dieser mehreren zubehörigen Bestandtheile übersteigt, so wenn ein Viergespann einen höheren Werth hat, als die Gesammtsumme des Einzelwerthes der vier Thiere, die Tödtung somit des einzelnen Thieres einen Verlust ergiebt, welcher den Werth des letzteren an sich übersteigt.[750]) Allein hierneben kann jene Kate-

---

750) Gai. III, 212: si ex gemellis vel ex comoedis vel ex symponiacis unus occisus fuerit, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius quoque

gorie auch zur Geltung gelangen im Falle der Verminderung der Quantität, dafern die Einbuße an dem Theile des mechanisch einheitlichen Ganzen den pecuniären Gehalt des Restes über die arithmetische Proportion des Theil-Verhältnisses hinaus mindert, so z. B. bei Pap. 17 Quaest. (D. XXXI, 1, 66. § 4), wozu vgl. Mommsen, a. O. 214 bei A. 3.

Dagegen die Minderung der Quantität vollzieht sich an dem einfachen Agglomerate gleichartiger, räumlich oder körperlich vereinigter Sachen, so namentlich von Fungibilien, wie aber auch an Nicht-Fungibilien, die aus einer Mehrheit gleichartiger, körperlich vereinigter Theile sich zusammensetzen, wie z. B. Bodenflächen, so bei Pomp. in Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 5. § 1).

Nicht minder nach der Kategorie der Zeit vollzieht sich die Minderung der pecuniären Potenz des Objectes vornämlich in Folge der Preis- oder Cours-Schwankung: temporis utilitas.[751])

Sodann wiederum der Kategorie des Ortes unterfallen vornämlich die locale Preis- oder Cours-Differenz, sowie die Transportspesen.[752])

---

computatur quod ceteri, qui supersunt, depretiati sunt. Idem iuris est etiam, si ex pari mularum unam vel etiam ex quadriga equorum unum occiderit; Paul. 22 ad Ed. (D. IX, 2, 22. § 1): causae corpori cohaerentes aestimantur, si qui ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit; non solum enim petenti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt, wo causa corpori cohaerens Umschreibung des Begriffes Bezüglichkeit ist; J. Just. IV, 3, 10. Wegen der Consequenzen vgl. Pap. 16 Quaest. (D. XXXI, 1, 65. § 1), Ulp. 17 ad Sab. (D. VII, 4, 10. § 8) und A. 779.

751) Ulp. 27 ad Ed. (D. XIX, 4, 4. pr.); und so nun Ulp. 6 ad Ed. (D. L, 16, 12. § 1): minus solvit, qui tardius solvit: nam et tempore minus solvitur; und im Besonderen z. B. Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 3): si vinum hodie pluris sit (sc. quam quo tempore emtum sit); Diocl. et Max. im C. Just. IV, 49, 12: commodum aucti pretii; und das. c. 10: quum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum quanti interest tua, tunc tibi praestitam fuisse, apud praesidem provinciae convenire potes.

752) Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 4, 3): scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini, olei, frumenti, pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis diffici-

Endlich in der omnis causa vollzieht sich die Minderung der pecuniären Potenz des Objectes nach der specifisch juristischen Kategorie rein juristischer Bezüglichkeit. Denn die omnis causa verhält sich zur res principalis weder als integrirender Theil eines mechanisch einheitlichen Ganzen, wie z. B. der Arm zu dem Körper, das Rad zu dem Wagen, der Kolben zu der Dampfmaschine; noch als zubehöriger Bestandtheil eines pecuniär einheitlichen Complexes verschiedener gleichartiger Individuen, wie z. B. das Pferd aus einem Viergespann zu dem Letzteren, das einzelne Buch zu der Bibliothek, der es angehört; noch endlich auch als dienendes Zubehör eines nach wirthschaftlichem Gesichtspunkte als die Hauptsache geltenden Vermögensstückes, wie z. B. das instrumentum rusticum zu dem praedium rusticum, die supellex zu dem Wohnhause; daher denn in jener omnis causa weder nach mechanischem, noch pecuniärem, noch nach wirthschaftlichem Gesichtspunkte ein Bezüglichkeits-Verhältniß gegeben ist; als vielmehr es beschieht durch das Mittel der Rechtssätze allein, daß die omnis causa zum äußeren Anhange oder zur accessio des als res principalis hingestellten Vermögensobjectes erklärt und behandelt und so nun ein specifisch juristisches Bezüglichkeits-Verhältniß geschaffen wird, welches am ähnlichsten ist dem Verhältnisse des Theiles zu dem mechanischen Ganzen, obwohl mit dem Unterschiede, daß die omnis causa aus dem juristisch einheitlichen Ganzen, dem sie zubehört, ohne eine Verletzung desselben abtrennbar ist. Demnach ist die omnis causa juristischer, abtrennbarer Theil eines Vermögensobjectes, der selbst nun zu dem Letzteren sich verhält bald als vortheilhafter Anhang, wie z. B. die Frucht zur fruchttragenden Sache, der Zins zum Capitale, der partus ancillae zur Sclavin, die dem Sclaven deferirte Erbschaft zu dem Delaten, die Prädialservitut zu dem praedium dominans, bald aber auch als nachtheiliger Anhang,

lius et gravibus usuris; Paul. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 2, 63. § 2): nonnullam — pretio varietatem loca temporaque afferunt, nec enim tantidem Romae et in Hispania oleum aestimabitur nec continuis sterilitatibus tantidem, quanti secundis fructibus, dum hic quoque non ex momentis temporum nec ex ea, quae raro accidat, caritate pretia continuantur; J. Just. IV, 6, 33. Weiteres s. z. B bei Afric. 3 Quaest. (D. XIII, 4, 8), Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8).

wie z. B. die Verhaftung mit actio noxalis oder quod metus causa zu dem verhafteten Vermögensobjecte, die Prädialservitut zu dem praedium serviens, die Grundsteuer zu dem pflichtigen Grundstücke.[763]) Und so daher characterisirt sich die Einbuße an der omnis causa zu einer Einbuße an der res principalis nach der Kategorie specifisch juristischer Bezüglichkeit, während wiederum die Einbuße an der res principalis und an der omnis causa nicht Einbuße an zwei, sondern lediglich an Einem Vermögensobjecte ist.

Solche Minderung der pecuniären Potenz eines Gutes, welches Träger des beim Vermögensschaden beeinträchtigten Interesses ist, kann dabei selbst wiederum in zwiefältiger Modalität sich vollziehen: theils direct, indem jene Minderung ohne Dazwischentreten eines anderen Gutes sofort das maaßgebend in das Auge gefaßte Object betrifft, theils indirect, indem jene Minderung auf das maaßgebende Object nur durch das Mittel eines anderen Gutes übergeleitet wird, auf welches jenes erstere Object selbst einen Einfluß von pecuniärer Bedeutung ausübt. Und zwar waltet dieses letztere Verhältniß in sehr mannichfachen Beziehungen ob; denn so, indem das Vermögen in seiner Gesammtheit einen Apparat bildet, der zusammengesetzt ist aus zahlreichen verschiedenen Bestandtheilen, die gemeinsam zum Dienste und zur Befriedigung der Bedürfnisse ihres Inhabers berufen sind; indem daher der einzelne Theil solcher Gesammtheit den ihm zufallenden Antheil an den gesammtheitlichen Functionen des Vermögens berufsmäßig oder etwa auch nur jeweilig und in Folge zufälliger Umstände weder durch sich allein und isolirt, noch durch unmittelbaren Dienst für das Bedürfniß des Inhabers erfüllt, als vielmehr sei es gemeinsam und im

763) Vgl. darüber Voigt, Cond. ob causam 44 fg. Auch die Verhaftung der res mit Pfandrecht gehört zur omnis causa: Ulp. 38 ad Ed. (D. XLVII, 4, 1. § 10). Von besonderer Wichtigkeit sind namentlich die fructus wegen des so weiten Umfanges des Begriffes: denn es fallen darunter auch die operae servorum und alle Pacht- und Miethgelder, daher auch das After-Miethgeld bei Alfen. 3 Dig. (D. XIX, 2, 30. pr.), Paul. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 7), wie auch beziehentlich die usurae sortis; vgl. Schilling, Inst. § 66. Wegen der fructus servitutis vgl. namentlich Gai. 6 ad l. XII, tab. (D. XXII, 1, 19), Ulp. 17 ad Ed. (D. VIII, 5, 4. § 3) und Lab., wie Pomp. das. vgl. A. 1743. Wegen der Consequenzen vgl. A. 778.

Zusammenwirken mit anderen Bestandtheilen, wie z. B. der Ackerpflug und das im Zweigespann verwendete Pferd, sei es mittelbar und in der Weise, daß das betreffende Object unmittelbar nur im Dienste anderer Vermögensbestandtheile steht, deren Diensttüchtigkeit oder Erhaltung, oder auch deren Erwerbung oder Gebrauch oder Verbesserung vermittelnd, wie z. B. das Futter, das Geld, der zum Erben eingesetzte Gewaltuntergebene; so kann nun die Einbuße, indem sie solche zum Zusammenwirken mit anderen Vermögensbestandtheilen oder zu deren Dienst berufene Vermögensstücke betrifft, über die öconomische Sphäre solchen unmittelbar lädirten Objectes hinausgreifen und jene anderen, selbst auf die Mitwirkung oder den Dienst des lädirten Objectes angewiesenen Bestandtheile in Mitleidenheit der Schädigung ziehen und so nun auf einen bald geringeren, bald größeren Theil des Gesammtvermögens seine Rückwirkung erstrecken. Sodann kann aber auch zwischen einem Vermögensobjecte und einem Gute anderer Beschaffenheit eine pecuniäre Bezüglichkeit obwalten, insofern Beide zu einander sich verhalten wie das Mittel zu einem durch die Vermögens-Interessen gebotenen Zwecke, sei es nun daß das Vermögensobject dem anderen Gute als Mittel dient, wie z. B. das Nahrungsmittel oder das Geld oder die Arznei als Mittel zur Erhaltung der Gesundheit oder des Lebens, sei es daß das andere Gut dem Vermögensobjecte als Mittel dient, wie z. B. der gesunde Körper als Mittel zum Erwerbe des Geldes (A. 749). Und endlich kann auch wiederum das beseelte Vermögensobject, wie der Sclave und das Thier, einen durch eigene Willensentschließung bestimmten Einfluß auf ein anderes Vermögensobject ausüben.

Indem somit in Folge dieser Verhältnisse die Möglichkeit einer Schädigung durch mittelbare oder secundäre Einbuße gegeben ist, so bezeichnen wir nun dieselbe als indirecten Schaden, im Gegensatze zu dem directen Schaden, der in unmittelbarer Einbuße besteht, wobei im Uebrigen der Erstere, entsprechend wie der Letztere, ebenso zum indirecten Verluste, wie zum indirect entzogenen Erwerbe sich gestalten kann. In den Quellen selbst aber finden sich als Bezeichnungen für den indirecten Schaden bei

Jul. in Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 31. pr.):

damna, quae quis propter rem sentit, und in Marc. 4

Reg. (D. XVIII, 1, 45): damnum, quod ex aliquo contingit;

Pap. 9 Resp. (D. XXXI, 1, 78. § 2): damnum, quod ex ea re fuerit secutum;

Carac. im C. Just. IV, 58, 1: damnum, quod per aliquam rem accidit;

und für den indirecten Verlust insbesondere bei

Jul. 15 Dig. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.): detrimenta, quae ex negotio quis trahit.

Somit aber fällt das Moment der Duplicität, welches das wesentliche Merkmal des indirecten Schadens ergiebt, nicht in die Sphäre des schädigenden Vorganges, so daß der indirecte Schaden das Resultat eines schädigenden Vorganges wäre, welcher selbst erst die Wirkung eines vorausgehenden anderen Vorganges ist,[754]) als vielmehr in die Sphäre des geschädigten Objectes, so daß der indirecte Schaden die Einbuße an dem einen selbstständigen Vermögensobjecte ist, welche vermittelt wird durch die Einbuße an einem anderen Gute. Im Besonderen aber jener Moment, daß dem lädirten Objecte eine Selbstständigkeit des Daseins zukommen müsse,[755]) schließt vom indirecten Schaden

754) So Keller Pand. § 255 unter 2 und die bei Mommsen, Beiträge II, 272 A. 10 Citirten. Somit also ist es bezüglich des indirecten und directen Schadens ganz irrelevant, ob Jemand durch eine Bewegung der Hand eine Sache zertrümmert oder aber den Hahn einer Flinte in Bewegung setzt, in Folge von deren Entladung die Kugel die Sache zertrümmert, oder auch, ob Jemand durch eine Handbewegung eine Flasche und ein Glas zertrümmert oder eine Flasche zertrümmert, die im Fallen dann ein Glas zertrümmert. — Das dogmengeschichtliche Material bieten Mommsen, Beitr. II, 265 fg. Cohnfeldt, Interesse 10 fg. — Im Uebrigen vgl. § 70.

755) Daher sind wegen Identität des Objectes vom indirecten Schaden ausgeschlossene Fälle, wie Einbuße an dem Pachtgute in Folge der mora solvendi des Verpächters: Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 24. § 4); Verlust des servus optandus in Folge der bis nach Ablauf der Optionsfrist verzögerten Exhibition desselben: Paul. 26 ad Ed. (D. X, 4, 10) u. dergl. Wegen mangelnder Selbstständigkeit des Objectes aber ist vom indirecten Schaden ausgeschlossen der Fall des Verlustes eines Vermögensobjectes in Folge der Entwendung oder Vernichtung oder Vorenthaltung der zum bezüglichen Prozesse erforderlichen Beweisdocumente: Gai. 1 ad Ed. prov. (D. II, 13, 10. § 3), Ulp. 41 ad Sab. (D. XLVII, 2, 27), Paul. 3 ad Ed. (D. IX, 2, 40), 9 ad Sab. (D. XLVII, 2, 32), 2 Sent. (D. XLVII, 2, 82), Sent. rec. II,

aus und ordnet dem directen Schaden unter[756]) namentlich die Einbuße ebenso an dem integrirenden Theile des mechanisch einheitlichen Ganzen, wie an dem zubehörigen Bestandtheile des pecuniär einheitlichen Complexes verschiedener gleichartiger Individuen (A. 750), wie endlich auch an der omnis causa der res principalis.[757]) Wohl aber bieten sich in den Quellen als Beispiele des indirecten Schadens und zwar

A. des indirecten Verlustes:

1. Verfall der vereinbarten Conventionalstrafe, vermittelt durch die Entwendung oder Vernichtung oder mora solvendi der

81, 32: denn das Beweisdocument ist nicht selbständiges Vermögensobject, sondern lediglich Repräsentant eines solchen: s. Voigt, Cond. ob causam: A. 299; ingleichen auch der Fall des Verlustes einer res durch Usucapion oder des Klagobjectes durch Erlöschen des Prozesses wegen Zeitablauf, beidemal in Folge der erlittenen Verhinderung am Erscheinen im Prozeßtermine: Jul. 2 Dig. (D. II, 10, 3. pr.), wozu vgl. Trebat. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 4): denn die Verhinderung an solcher Präsenz ist nicht an sich selbst schon Verlust eines Gutes.

756) Alle diese Momente sind practisch von großer Bedeutung, insofern beim quanti res est nicht der indirecte, wohl aber der directe Schaden in Ansatz kommt: A. 778.

757) Daher begründet keinen indirecten, sondern directen Schaden der Verlust der Erbschaft durch Verlust des zum Erben eingesetzten Sclaven: Nerat. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. pr.), Jul. 15. 86 Dig. (D. XXI, 2, 8. IX, 2, 51. § 2), Gai. III, 212. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 1, 20), Ulp. 24. 37 ad Ed. (D. X, 4, 11. pr. XLVII, 2, 52. § 28), Paul. 9 ad Sab. (D. XIII, 1, 3); Verlust der operae des in potestate Befindlichen durch dessen Körperverletzung: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3), Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 5. § 3. fr. 7. pr.); Verlust des partus ancillae durch Verlust der ancilla: Jul. 15 Dig. (D. XXI, 2, 8), Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 1, 20); Verlust der Früchte durch Verlust des fruchttragenden Bodens: Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 4); Einbuße des After-Miethgeldes durch Einbuße der res conducta oder Verlust der commoda servitutis: A. 753; Verhaftung mit noxae datio in Folge der Verleitung des Sclaven zum Delict: Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 6. 7). Auf die functionäre oder öconomische Stellung der omnis causa als selbstständiges Vermögensobject kommt daher gar Nichts an: die Rechtsordnung allein ist hier maaßgebend und diese entkleidet das Object seiner Selbstständigkeit, so daß der Verlust an der omnis causa, auch wenn er in Wirklichkeit indirecter Verlust ist, doch nach Maaßgabe der Rechtssatzungen nur als Verlust an der res principalis juristisch gilt.

bei solcher Strafe geschuldeten res: Cels. 12 Dig. (D. XLVII, 2, 67. § 1), Ulp. 27. 30 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8. XII, 3, 3), Paul. 22 ad Ed. (D. IX, 2, 22. pr.);

2. distractio pignoris vermittelt durch die mora solvendi der selbst geschuldeten res: Ulp. 27. 30 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8. XII, 3, 3);

3. Hungertod des Sclaven vermittelt durch die mora solvendi des erkauften Getraides: Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 3);

4. Einsturz des Hauses oder Fallen des Viehes vermittelt durch die Verschweigung der fehlerhaften Beschaffenheit des erkauften, eingebauten Balkens oder des erkauften, dazugestellten Viehes Seitens des Verkäufers: Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.);

5. Verhaftung mit actio conducti in Folge der Corruption des locirten Sclaven: Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 7);

6. Flucht des Sclaven vermittelt durch die Verschweigung der Eigenschaft eines anderen erkauften, den Ersteren zur Flucht verleitenden Sclaven als fugitivus, oder Verlust einer Sache vermittelt durch die Verschweigung vom Hange des erkauften fur zum Diebstahle oder durch Verschweigung des nachlässigen Wesens des vermietheten Sclaven; nicht minder Verlust der Flüssigkeit durch Auslaufen vermittelt durch die verschwiegenen Defecte des verkauften Gefäßes: Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 2); Sab. 5 Post. (D. XIX, 2, 60. § 7); Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 4);

7. Geldverlust durch Aufwand von Impensen vermittelt durch den Verlust der Sache, in welche die Impensen verwendet worden sind: Jul. 8 Dig. bei Ulp. 17 ad Ed. (D. VI, 1, 37); Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38);

8. Geldverlust durch Aufwand von Impensen für Erhaltung eines Gutes, welches von der schädigenden Handlung betroffen ward, so Curkosten für Wiederherstellung bei erlittener Körperverletzung: Gai. 6. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7. IX, 1, 3), Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 7. pr.); Aufwand für Ankauf von Grund und Boden oder Verwendung von eigenem Grund und Boden an Stelle der vorenthaltenen Begräbnißstätte: Gai. 19 ad Ed. prov. (D. XI, 7, 9); Aufwand von Miethgeld für dolia als Ersatz

derer, die durch mora accipiendi dem Gebrauche entzogen sind: Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3).

B. Dagegen als Beispiele des indirect entzogenen Erwerbes treten in den Quellen hervor:

1. Einbuße des aus dem Verkaufe von Waaren zu erzielenden Handelsgewinnes, vermittelt durch eine mora solvendi bezüglich dieser Waare oder bezüglich des zu deren Einkauf zu verwendenden Geldes: Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8), Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 3), Hermog. 2 Jur. Epit. (D. XVIII, 6, 19); oder Einbuße von Miethgeld, das aus der Vermiethung derjenigen dolia zu erzielen war, welche durch mora accipiendi dem Gebrauche entzogen sind: Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3);

2. Einbuße des wegen erlittenen Betruges zu beanspruchenden Schadenersatzes, vermittelt durch die Tödtung vom Angeber der Theilnehmer am Betruge: Lab. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX. 2, 23. § 4); vgl. Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6);

3. Einbuße der unter einer Bedingung hinterlassenen Erbschaft, vermittelt durch die Tödtung des Sclaven, dessen Manumission die Bedingung der Erbeinsetzung bildet: Jul. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. § 2);

4. Einbuße des Erwerbes eines Gewaltfreien durch operae, vermittelt durch erlittene Körperverletzung: Gai. 6 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7), 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3);

5. Einbuße des Kopfantheiles an den Frumentationen und Congiarien, vermittelt durch die Nichterlangung der Tribusangehörigkeit: A. 749.

Immerhin aber greift in die obigen Verhältnisse die aus historischen, nicht aber aus theoretischen Voraussetzungen sich erklärende Ordnung des römischen Rechtes bezüglich der in Rechtsverhältnissen der aequitas aufgewendeten impensae necessariae modificirend ein (§ 123).

§ 70.

Die schädigenden Vorgänge.

Die nachtheilige Einbuße, in welcher das Wesen des Schadens besteht, wird herbeigeführt durch einen Vorgang: eine Veränderung in einem gegebenen Thatbestande, welche, indem sie

ne Einbuße resultirt, damit zum schädigenden Vorgange sich aalificirt. Demnach waltet zwischen dem schädigenden Vorgange nd dem Schaden das Causalitätsverhältniß von Veranlassung nd Erfolg ob. Der Schaden daher, welcher unabhängig von :nem maaßgebend in das Auge gefaßten Vorgange eintritt, vielıehr aus einem zweiten, nicht in Betracht kommenden Vorgange esultirt, bleibt auf Grund des Fehlens jener Causalität außer ſnsatz. Ein anschauliches Beispiel dieses Folgesatzes bietet

Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 11 § 1): servo persuasi, ut chirographa debitorum corrumpat, videlicet tenebor. Sed si consuetudine peccandi postea et rationes ceteraque similia instrumenta subtraxerit vel interleverit, deleverit, dicendum erit corruptorem horum nomine non teneri.

Die Veränderung an sich aber, in welcher der schädigende Vorgang besteht, ist entweder eine juristische, wie bei der alienatio iudicii mutandi causa facta, oder eine psychische, wie bei der corruptio servi, oder endlich eine physische, wie bei damnum iniuria datum, sei letztere eine mechanische oder chemische oder physicalische. Solche Verschiedenheit des Gesetzes, nach welchem jene Veränderung sich vollzieht, als Rechts- oder als Naturgesetz, ist jedoch ohne specifisch juristischen Werth. Wohl aber kommt solche Bedeutung dem anderen Momente zu, ob solche Wirksamkeit des Rechts- oder Naturgesetzes eintrat als ein Ereigniß, welches der menschlichen Berechnung sich entzog oder aber der Letzteren zugängig war.

Und zwar charakterisirt sich im ersteren Falle die Veranlassung des Schadens als Zufall und der Schaden selbst als damnum fatale nach Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 2. § 1), Pomp. bei Ulp. 14 ad Ed. (D. IV, 9, 3 § 1), Ulp. 28, 31 ad Ed. (D. XIII, 6, 5 § 4. XVII, 2, 52 § 3), oder accidens fato nach Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 11 § 4), oder zum damnum, quod casu fortuito oder casu accidit, contingit nach Lab. bei Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 24 § 3), Scaev. 4 Resp. (D XL, 5, 41 § 7), quod imprudentibus accidit: Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII 2, 52 § 3). Im Besonderen aber gestaltet sich wiederum solcher Zufall bald zum reinen Naturereigniß, sei es nun, daß der betreffende Vorgang das Ergebniß des rein spontanen Wirkens der Naturkräfte ist, sei

es, daß der Anstoß zu dem unberechenbaren Wirken dieser Kräfte von irgend welchem Menschen ausging, bald aber zur zurechenbaren Handlung eines dritten, bei dem Schaden-Nexus selbst ganz Unbetheiligten.[757a]) Und sodann unterscheiden die Quellen auch noch zwischen dem zufälligen Schaden, der ex ipsa re oritur als demjenigen, welcher das Ergebniß des spontanen Wirkens der in dem Körper selbst belegenen Naturkräfte ist, und dem Schaden, der extrinsecus contingit oder der herbeigeführt ist durch vis, cui resisti non potest oder durch vis maior, als dem Schaden, der durch das zufällige Wirken von Kräften herbeigeführt ist, die außerhalb des maßgebenden Objektes selbst belegen sind.[757b])

Andererseits dagegen zu dem der menschlichen Berechnung unterliegenden Vorgange tritt Derjenige, welcher denselben veranlaßte, in das Verhältniß der Urheberschaft und diese letztere specialisirt sich nun gegenüber dem schädigenden Vorgange im Besonderen, als einem Gemißbilligten, zur Verschuldung oder culpa.[757c]) Solche culpa aber kann Jeden der beiden möglichen Interessenten des Schaden-Nexus treffen, somit ebenso den Geschädigten selbst, wie den Schädiger, wo nun ersteren Falles der Schaden bezeichnet wird als damnum, quod quis ex culpa sua sentit von Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. L, 17, 20, 3),[757d]) letzteren Falles aber als damnum culpa datum.[757e]) Und im Besonderen

---

757a) Beispiele sind in der ersten Beziehung: chasma, terrae motus, naufragium, mors servorum; in der zweiten Beziehung: incendium, wie Wurf der pila (Spiel-Balles); in der dritten Beziehung: vis piratarum, latronum hostiumve incursus: Alfen. 2 Dig. (D. IX, 2, 52. § 4), Lab. bei Ulp. 14 ad Ed. (D. IV, 9, 3. § 1), Sab. bei Jav. 5 ex Lab. Post. (D. XIX, 2, 59), Maec. 8 Fideic. (D. XXXV, 2, 30. pr.), Gai. 11 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 8. pr.), Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 11. § 5). Im Allgemeinen vgl. Voigt, Bedeutungswechsel gewisser techn. lat. Ausdrücke 20 fg.

757b) Serv. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15. § 2), Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 24. § 3); vgl. Schilling, Inst. § 240. n. 306. k. 234. c. d. Die älteste Jurisprudenz, deren Terminologie die Rhetorik aufbewahrt hat, verwendete hierfür die Bezeichnung necessitas oder necessitudo; s. Voigt, Bedeutungswechsel 23 fg.

757c) Vgl. Voigt, a. O. 4 fg.

757d) Vgl. Jul. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 23. § 8). Beispiele s. bei Mommsen, a. O. 158 fg. Pomp. 11 ad Sab. (D. XXI, 2, 29. § 1).

757e) Vgl. die Citate bei Voigt, a. O. 13, sowie Paul. 2 ad Plaut.

i letzteren Falle specialisirt sich die Verschuldung wiederum theils r Fahrlässigkeit: culpa, theils zum rechtswidrigen Vorsatze: dlus malus.

Dafern nun der schädigende Vorgang das Ergebniß einer erschuldung eines der beiden Interessenten ist, kann jener Vorang ebenso die unmittelbare, wie die mittelbare Folge dieses erhaltens sein: denn es kann dieses Verhalten ebensowohl ganz ımittelbar die maaßgebende Veränderung in dem gegebenen Zuande der Dinge herbeiführen, als auch durch die Veränderung, elche jenes Verhalten unmittelbar in dem gegebenen Zustande er Dinge herbeiführt, in weiterer Folgewirkung die maaßgebende eränderung resultiren. Indem nun für die Beschaffenheit des hädigenden Vorganges je als eines zufälligen oder als eines erschuldeten Ereignisses allein maaßgebend ist die Stellung jenes Jorganges selbst als einer für den Menschen berechenbaren oder inberechenbaren Folge des betreffenden Verhaltens, so greift nun ieses Gesetz insbesondere auch hinsichtlich der mittelbaren Folge es betreffenden Verhaltens Platz: unterliegt dieselbe der menschichen Berechnung, so ist der dadurch herbeigeführte Schaden ein erschuldeter:

Ulp. 8 ad l. Jul. et Pap. (D. XLVIII, 8, 15): nihil interest, occidat quis an causam mortis praebeat;

Paul. 22 ad Ed. (D. IX, 2, 30 § 3): si quis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut negligentia id accidit: nam si die ventoso id fecit, culpae reus est. Nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur. — At si subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.

Der Eintritt des schädigenden Vorganges fixirt nun den Schaden zeitlich, insofern der Moment jenes Eintrittes zugleich den Zeitpunkt ergiebt, wo die nachtheilige Einbuße erlitten wird, die den Schaden resultirt. Daher ist der wirkliche Schaden stets

(D. L, 17, 169. pr.): is damnum dat, qui iubet dare; eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit; vgl. 39 ad Ed. (D. L, 17, 50): culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest.

ein Gegenwärtiges oder Vergangenes, niemals aber ein Zukünftiges, indem vielmehr der zukünftige Schaden: das damnum infectum oder, wie Ulp. 68 ad Ed. (D. XLIII, 15, 1 § 3) sagt, das damnum futurum, nicht ein wirklicher, sondern lediglich ein gedachter Schaden ist, wenn immer auch derselbe bereits in der Gegenwart wirklicher Nachtheil sein kann:

Gai. 28 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 2): damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur; vgl. auch § 87 unter IV.

Dagegen fixirt der Eintritt des schädigenden Vorganges den Schaden nicht nothwendig auch quantitativ: denn es ist nicht nothwendig, daß der Zeitpunkt jenes Eintrittes zugleich die nachtheilige Einbuße des Betroffenen zeitlich abschließe, indem vielmehr dieselbe auch in der nachfolgenden Zeit noch eine Steigerung oder Ausdehnung gewinnen kann. Dies aber ist der Fall in doppelter Beziehung und zwar ebensowohl dann, wenn die Einbuße an dem betreffenden Gute irreparabel ist: und einen solchen Schaden nennen wir einen bleibenden, so z. B. den Verlust eines Armes; wie aber auch dannn, wenn der mit der Einbuße verknüpfte Nachtheil durch das Mittel des gegenwärtigen auch das zukünftige Interesse mit trifft: und diesen Schaden nennen wir zukünftigen Schaden in solchem Sinne oder, wie Paul. 6 ad Sab. (D XVII, 2, 38 pr.) sagt, damnum futurum, so z. B. dafern der Verlust des zum Berufs-Erwerbe unentbehrlichen Armes die künftige Erwerbs-Fähigkeit, oder dafern die nachtheilige Contrahirung einer Schuldverbindlichkeit die zur Zeit der künftigen Solution bestehenden Vermögensverhältnisse beeinträchtigt:

Gai. 3 ad Ed. (D. III, 5, 2): iustum est, si utiliter gessit (sc. negotia absentis), praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel abfuturum est (sc. alicui in re absentis se obligando); 6 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7): iudex computat mercedes — operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est; 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3): aestimatio — operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus.

§ 71.

Der Maaßstab der Bemessung des Vermögensschadens.

Indem nach § 69 das Wesen des Vermögensschadens darin besteht, das Product zu sein eines Zusammentreffens von Nachtheil und von Einbuße an den das Vermögensinteresse tragenden Gütern, so ist nun für die Bemessung jenes Nachtheiles d. h. für die Bestimmung seines quantitativen Gehaltes ein zwiefältiger Maaßstab gegeben, entsprechend der Zwiefältigkeit der Function oder Stellung des Gutes selbst, welches Träger des Vermögensinteresses seines Inhabers ist. Denn während die Qualification an sich eines Gutes, Vermögenswerth zu sein, schlechthin auf dessen Fähigkeit beruht, den realen Interessen seines Inhabers zu dienen, so ist die Beschaffenheit solcher Dienlichkeit selbst wiederum eine verschiedene: es dient das Gut jenen Interessen ebensowohl von Seiten seiner Nutzfähigkeit für die Bedürfnisse seines Inhabers, als auch von Seiten seiner Tauschfähigkeit im weitesten Sinne des Wortes. Und solcher zwiefachen Function des Gutes entspricht wiederum eine zwiefältige Stellung desselben je als Bestandtheil des Güterquantum, welches Vermögen eines Individuum, oder aber welches Verkehrsobject in dem Tauschverkehre der bürgerlichen Gesellschaft ist. Ja indem das Gut den Interessen seines Inhabers dort als Individuum, hier als eines Mitgliedes der bürgerlichen Gesellschaft dient, so geht die hier in Betracht gezogene Verschiedenheit in letzter Instanz zurück auf die zwiefältige Stellung des Besitzers je als Individuum und als Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft.

Zunächst nun insoweit das Gut der Person als Individuum dient, dient es den Interessen seines Inhabers nach der Kategorie seiner Nutzfähigkeit. Denn wie dem Vermögen im Allgemeinen, so fällt auch dem einzelnen Objecte, welches als Bestandtheil von jenem Theil nimmt an dessen allgemeinen Aufgaben und Functionen, der Beruf zu, die Bedürfnisse seines Inhabers zu befriedigen d. h. demselben nutzbar zu sein. Daher ergiebt hier die Nutzfähigkeit des Gutes für dessen Inhaber den realen Gehalt seines Besitzes. Und diese Nutzfähigkeit selbst wiederum als Summe gedacht, ist der Werth.

Somit ist der Werth die Summe der Nutzfähigkeit eines Gutes

für seinen Inhaber oder, was dasselbe besagt, die Summe seiner Dienstfähigkeit für dessen Bedürfnisse, daher denn ein Werth ebenso der Wissenschaft, wie Kunst, dem guten Gewissen, wie guten Namen, der Gesundheit, wie dem Vermögensobjecte zukömmt. Der Maaßstab für die Bemessung vom Werthe eines Gutes oder von dessen Schätzung nach seinem Werthe ist somit gegeben in dem Bedürfnisse des betreffenden Individuum. Und da wiederum das Resultat solchen Bedürfnisses das Interesse des Betreffenden an dem Gute ist,[758]) das selbst sich bestimmt nach der Fähigkeit dieses Gutes, jenes Bedürfniß zu befriedigen, so ist es gleichwerthig zu sagen: der Maaßstab der Bemessung vom Werthe des Gutes ist gegeben in dem Bedürfnisse des Individuum oder: ist gegeben in dem Interesse des Individuum an solchem Gute: in der utilitas oder dem nostra interest.[759]) Demzufolge aber ist der Werth eine an sich völlig subjective Größe: das Interesse allein des Individuum an einem Gute bestimmt den Werth des Letzteren,[760]) wobei wiederum jenes Interesse selbst bestimmt wird durch die Dienstfähigkeit des Gutes für die jeweiligen Bedürfnisse des Individuum oder durch dessen Nutzbarkeit für den Letzteren.[761]) Nach Allen dem aber gestaltet sich hierbei die dem Schaden integrirende Einbuße zur Einbuße am Werthe eines Gutes oder an dessen Nutzfähigkeit. Und dieser Maaßstab der

---

758) Wie daher der Sclave nutzbar ist zum questionem haberi, rem probare, hereditatem adire, und solche Nutzbarkeit einem oder mehreren Bedürfnissen seines Inhabers entspricht, so entsprechen wiederum jener Nutzbarkeit ebenso vielfältige Interessen des Besitzers: Lab. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. § 4), Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6).

759) Während für einen Robinson jeder eiserne Nagel einen Werth hatte, so war für ihn sein Goldklumpen ebenso ohne Werth, wie für das verhungerte Hühnchen der Fabel der gefundene Diamant.

760) Bei dem Schaden als quanti interest fällt somit dem Interesse eine zwiefache Rolle zu: einerseits ist es Object der Beeinträchtigung, welche in dem dem Schaden integrirenden Nachtheile sich vollzieht (§ 69), und andrerseits ist es Maaßstab der Bemessung der dem Schaden integrirenden Vermögenseinbuße: als Einbuße am Werthe. Nur jene erstere, nicht aber diese letztere Rolle fällt dem Interesse zu bei dem Schaden als Einbuße am quanti res est: hier ist nicht das Interesse, vielmehr sind Angebot und Nachfrage Maaßstab der Bemessung der dem Schaden integrirenden Vermögenseinbuße: der Einbuße am Preise.

761) Nur insoweit vom Standpunkte historischer oder speculativer Be-

Einbuße wird in den Quellen technisch bezeichnet zunächst durch quanti, quantum, quod interest,[761a]) so z. B.

Nerat 2 Membr. (D. II, 11, 14): non procuratoris, sed eius, cuius negotium gesserit, utilitatem — spectandam esse, ut quantum domini litis interfuit —, tantum — debeatur;

Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6): quanti interest possidere id est tanti rem videri, quanti actoris intersit; quod alias minus esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quanti is est, veluti quum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eius eum possideri;

Ulp. 1 ad. Ed. (D. XXXIX, 2, 4 § 7): refertur — ad id quod interest et ad utilitatem venit; 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2 pr.): arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam actoris, quam rei; quodsi rei interest etc.; vgl. das. § 8; 72 ad Ed. (D, XLIII, 4, 2 § 5): haec verba — continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest —, tantum ei — condemnetur; 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1 pr.): si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur hoc est quod rem habere interest actoris;

sodann aber auch durch veritas, so z. B.:

Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 7, 5 § 1): non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata (s. A. 766); 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 2): quod ait praetor „Quanti ea res erit“ magis puto non poenam, sed veritatem his verbis contineri;

---

trachtung eine Gesammtheit, so ein Volk oder die gesammte Menschheit als Individuum aufgefaßt und solchem die Werthschätzung eines Gutes beigemessen wird, gewinnt im Gegensatz zu dem Obigen der Werth den Schein eines objectiven Characters. Allein jene Auffassung solcher Gesammtheit als eines Individuum, welches Träger individueller Bedürfnisse ist, ist eine künstliche, weil von der Reflection durch die eigene Denkaction erst geschaffene: denn das Volk als solches hat kein Bedürfniß, vielmehr ist sein Bedürfniß lediglich der Inbegriff des Bedürfnisses seiner Glieder, somit einer Summe von Individuen.

761a) Ueber eine andere Bedeutung, wo quod interest als synonym mit quanto minoris est gebraucht wird, s. § 124 unter I.

Ped bei Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33 pr.): pretia rerum non ex affectione, nec utilitate (s. § 69) singulorum, sed communiter fungi;

Paul. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 2, 63 pr. § 2): pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. Nec enim qui filium naturalem possidet, tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redemturus fuisset; sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest, nec exspectandum est, dum vendat, sed in praesentia non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur. — — Nonnullam tamen pretio varietatem loca temporaque afferunt: nec enim tantidem Romae et in Hispania oleum aestimabitur nec continuis sterilitatibus tantidem, quanti secundis fructibus, dum hic quoque non ex momentis temporum nec ex ea, quae raro accidat, caritate pretia constituantur; vergl. auch 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33, pr.).

Und diese objective Natur des Preises gewinnt eine Potenzirung noch dadurch, daß bei Gütern, die einem regelmäßigen Umsatze unterliegen, die betreffende Summe als ständige Norm für die Tauschgeschäfte mit gleichqualificirten Objecten von einer räumlich vereinigten Gesammtheit anerkannt und festgehalten wird: der Preis qualificirt sich dadurch zum Marktpreise.

Nach Allen dem gestaltet sich hierbei die den Schaden integrirende Einbuße zur Einbuße am Preise eines Vermögensobjectes oder an dessen Tauschfähigkeit. Und dieser Maßstab der Einbuße wird in der Formularjurisprudenz technisch bezeichnet durch quanti res est und quanto minoris est, in der civilrechtlichen Theorie aber durch quantum abest, sowie insbesondere bezüglich des Gesammtpreises

---

29 ad Ed. (D. XV, 3, 5. pr.) durch rei verum pretium, Paul. 34 ad Ed. (D. XIV, 2, 2. § 4) durch quanti res venire possunt, im Gegensatze zu dem letzteren: dem Preise im specifisch juristischen Sinne als dem quanti res emta est, quanto res venisset, quanti res emtae sint; vgl. auch A. 765 und Ulp. 37 ad Ed. (D. XLVII, 2, 52. § 29): quanti emtorem potest inuenire, sowie Gai. 9 ad Ed. pr. (D. XV, 3, 12) und dazu § 91.

durch quanti res est[764]) oder quantitas pretii, quantitas schlechthin, und bezüglich der Preisdifferenz durch quanti, quanto minoris est oder auch vereinzelt durch quanti, quod interest, so in den in § 124 unter I gegebenen Belegen, sowie z. B. von

Marcell. 8 Dig. (D. XII, 3, 8): pretio id est quanti res est litem aestimari;

Scaev. 4 Resp. (D. XXXI, 1, 89 § 7): quantitas pretii debeatur;

Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 29 § 2): quanti res erit — continet — pretium; 37 ad Ed. (D. XLVII, 2, 52 § 29), wo das quanti res est bei der actio furti (s. bei A. 769) umschrieben wird durch: quanti emtorem potest invenire (sc. damnum passus); 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 4 § 11): quanti ea res erit — ad pretium verum rei refertur; 80 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 21 § 7): si sic fuerit — cautum: „Quanti ea res erit", — stipulationem sufficere: ad operis enim quantitatem ea refertur;

vgl. Gai 2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 63 § 1), Ulp. 14 ad Ed. (D. XLVI, 7, 9), Paul. 73 ad Ed. (D. XLVI, 5, 2 § 2);

sowie Nerat. bei Ulp. 23 ad Ed. (D, XI, 3, 9 § 3) tanti condemnandum corruptorem, quanti servus ob id, quod corruptus sit, minoris sit.

Nach Alle dem treten daher in der Theorie von dem Vermögensschaden einander gegenüber die Begriffe einerseits von veritas und quanti interest: Schaden nach dem Werthe veranschlagt und somit bestimmt als Werthdifferenz oder Ein-

---

764) Daneben steht eine durch die Interpretatio bezüglich verschiedener Klagen decretirte Synonymitätserklärung des quanti res est mit dem quanti interest, die rein positiver und punctueller Natur ist und lediglich eine interpretative, nicht eine sprachliche Begriffsbestimmung ergiebt: denn die Interpretatio ändert an sich nur juristisch, nicht aber linguistisch, und nur in concreto d. h. für den einzelnen Rechtssatz, nicht aber in abstracto und für die Sprache selbst den national sprachlichen Begriffswerth eines Wortes ab: § 49 unter 6. 7. 8. 11. 12. A. 889 § 925. Voigt, Bedeutungswechsel gewisser — techn. lat. Ausdrücke 104 fg. Daher sind jene Aufstellungen der Interpretatio, weil historischer Bedeutung, in § 124. 142 in Betracht zu zu ziehen. Alles dies ist ungenügend gewürdigt von Savigny, Syst. V. Beil. XII. Puchta, Pand. § 224. Mommsen a. O. 40 fg. 68 fg. Vgl. wegen paralleler Vorkommnisse A. 925.

buße am Werthe, demnach aber bemessen nach der Nutzfähigkeit des Gutes für seinen Inhaber oder nach der affectio oder utilitas, dem eius interest: dem Interesse des Geschädigten,
und andererseits von
rei pretium: Preis des Gutes, und quanti res est, quantitas pretii, quanto minoris est: Schaden nach dem Preise veranschlagt und somit bestimmt als Preisdifferenz oder als Einbuße am Preise, demnach aber bemessen nach der Tauschfähigkeit des Gutes für seinen Inhaber oder nach Angebot und Nachfrage im Verkehre der bürgerlichen Gesellschaft.

Und alle diese Gegensätze treten denn auch hervor in mannichfachen Kundgebungen und zwar zunächst in der juristischen Litteratur in den Gegenüberstellungen von
quanti interest und quanti res est oder quantitas pretii bei
Ulp. 1 ad Ed. (D. II, 3, 1 § 4): hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur; und (D. XXXIX, 2, 4 § 7): quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest; 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38 § 17. Inst. Just. III, 19, 19): non illud inspicitur quid intersit, sed quae sit quantitas;
Diocl. et Max. im C. Just. IV, 49, 12: non pretii quantitatis, sed quanti interest emti competit actio;
quanti interest und rei pretium bei
Jul. 15 Dig. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 18): eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri;
Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33): ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea interest;
Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 20): considerandum est in hac actione, utrum pretium rei tantum duplicetur, an etiam quod pupilli interest; 37 ad Ed. (XLVII, 2, 50. pr.): non quod interest — duplabitur, sed rei verum pretium; 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 2. § 13): verum pretium rei[765]) quadruplatur, non etiam quod

765) In der Ausdrucksweise verum pretium in obigen beiden Stellen, wie bei Pomp. in Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 5. pr. s. A. 763), Maecian. 15 Fideic. (D. XL, 5, 32. § 1), Ulp. 14 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 21) und 56 ad Ed. (D. XXVII, 8, 4. § 11); dann vera quantitas bei Ulp. 5 ad Ed. (D. II,

interest; 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. pr.): in id quod interest agitur — —; hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam rès valet vel emta est;

Paul. 5 Quaest. (XIX, 1, 43): emti iudicium — non pretium continet tantum, sed omne quod interest emtoris;

Hermog. 2 Jur. ep. (D. XXI, 2, 74. § 1): non quanti interest, sed de pretio duntaxat — dabitur (sc. actio);

Carac. im C. Just. VII, 10, 1: pretium — dominis, si hoc elegerint, dependat vel quanti sua interest;

veritas und quantitas pretii[766]) bei

Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 8, 2. § 5): quod utrum veritatem contineat an vero quantitatem videamus; et melius est, ut in veram (A. 765) quantitatem fideiussor teneatur (s. § 124 unter I p.);

8, 2. § 5); nicht minder vera rei aestimatio bei Javol. 4 Epist. (D. XXXV, 2, 61) und Ulp. 51 ad Sab. (D. L, 16, 179. s. A. 1478), endlich veritas bei Ulp. 14 ad Ed. (D. XXXV, 2, 42), 1 ad l. Pap. (D. XXXV, 2, 62. § 1), dient das verum nicht zur Bezeichnung des Wahren im Gegensatze zum Falschen, als vielmehr des Wirklichen (vgl. Heindorf zu Hor. Sat I, 3, 97) und so nun insbesondere dazu, den Preis als Marktpreis zu characterisiren, somit den dem quanti res est inliegenden Moment der Objectivität zu betonen. Dagegen der Moment des Wahren beim pretium d. i. des Angemessenen oder Entsprechenden, somit der Uebereinstimmung der Aestimationssumme mit dem Betrage der Schädigung wird bezeichnet durch iustum pretium, so von Ver. und Anton. Phil. bei Callistr. 3 de Jur. fisc. (D. XLIX, 14, 3. § 5), Leo et Anth. im C. Just. V, 9, 6. § 1. Justin. im Cod. VII, 72, 10. § 3, Pomp. 29 ad Sab. (D. VI, 1, 70), Ulp. fr. II, 11. 25 ad Ed. (D. XI, 7, 12. pr.); 41 ad Ed. (D. XXXVIII, 5, 1. § 12. 15), Paul. 36 ad Ed. (D. XXIV, 1, 36. pr.), 3 Fideic. (D. XL, 5, 31. § 4), wie durch iusta aestimatio bei Cels. 38 Dig. in Ulp. 20 ad Ed. (D. XLV, 1, 72. pr.), Gai. 1 Fideic. (D. XXXII, 1, 14. § 2), Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 12. § 1), 20 ad Ed. (D. XLV, 1, 72. pr.), Ter. Clem. 13 ad l. Jul et Pap. (D. XXXI, 1, 54).

766) Bei Ulp. 5 ad Ed (D. II, 7, 5. § 1): in eum —, qui vi exemit (sc. in ius vocatum) — iudicium datur, quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est, treten in Gegensatz veritas d. i. das quanti interest, somit der durch das vi eximi verursachte Schaden nach dem Maaßstabe des Interesses oder Werthes, und das quanti res est ab actore aestimata, de qua controversia est d. h. die klägerische Würderung vom Objecte derjenigen Klage, bezüglich deren die in ius vocatio vereitelt ward, und welche zweifelsohne ebenfalls nach dem Maaßstabe des quanti interest erfolgte: s. § 142 unter I i.

utilitas oder alicuius interest und quantitas pretii oder quanti res est bei

Nerat. in Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 8): utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit, quae utilitas interdum minoris erit, quam res erit;

Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6): saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est;

Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. § 2): utrum corpus eius solum aestimamus quanti fuerit, quum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8): utrum quantitati contractus debeat (sc. iudex) servire, an vel excedere vel minuere quantitatem debeat? — Utilitas quoque actoris veniet;

Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 1, 43): non — pretium continet tantum, sed omne quod interest emtoris servum non evinci;

endlich affectus oder utilitas und pretium bei

Javol. 8 Epist. (D. XXXVIII, 2, 36): non pretio, sed affectu sit aestimandum;

Jul. 15 Dig. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 18): pretium quidem deberi —, utilitatem non deberi;

vgl. Marcell. 8 Dig. (D. XII, 3, 8): non est aequum pretio id est quanti res est litem aestimari, quum — arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit.

Nicht minder treten die Gegensätze von quanti res est, wie quanto minoris est und quanti interest zu Tage in der Formularjurisprudenz, und so zwar zunächst

A. in der Conception der Stipulationen, namentlich der stipulationes praetoriae, iudiciales und communes. Denn

I. auf Quanti ea res est oder resp. erit concipiren sich nach Maaßgabe des Edictes folgende Stipulationen[767]:

cautio damni infecti: Aristo bei Paul. 48 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 18. § 10), Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 28), Paul. 73 ad Ed. (D. XLVI, 5, 2. § 2);

---

767) Vergl. Venul. 8 Act. (D. XLVI, 5, 11): in eiusmodi stipulationibus, quae quanti res est promissionem habent.

cautio ratam rem haberi: Venul. 15 Stip. (D. XLVI, 8, 8. § 2), Paul. 73 ad Ed. (D. XLVI, 5, 2. § 2), sowie, eine im Uebrigen singuläre Conception betreffend, Pap. 12 Resp. (D. XLVI 8, 3. pr.);

cautio iudicio sisti des Beklagten in der actio iudicati und depensi bei dilatio in iure nach dem vorjulianischen Edicte: Gai. IV, 186;

cautio iudicio reum sisti des fideiussor bei dilatio in iure: Gai. 1 ad Ed. prov. (D. II, 8, 3) vgl. Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 8, 2. § 5);

cautio de conferendis bonis: vgl. Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXVII, 6, 5. § 3);

cautio legis Falcidiae: Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXV, 3, 1. pr.), Paul. 75 ad Ed. (D. XXXV, 3, 2);

und daneben tritt noch die freibeliebte Conception auf quanti res est oder resp. erit bei

cautio de novo opere restituendo im Falle einer Mehrheit von Nuntianten: Lab. bei Ulp. 80 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 21. § 7) und Ulp. cit[768]).

cautio iudicio sisti bei in ius vocatio: Nerat. 2 Membr. (D. II, 11, 14); Ulp. 77 ad Ed. (D. XLV, 1, 81. § 1);

cautio Muciana: Javol. 11 Epist. (D. XXXV, 1, 67); vgl. Pap. 1 Defin. (XXXV, 1, 79. § 2);

stipulatio simplae vel duplae: Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 2), Paul. 36 ad Ed. und Ped. das. (D. XXIV, 1, 36. pr.): quanti ea res est; Instrum. venditionis zwischen Maximus und Dasius bei Detleffen in Sitzungsber. der phil. hist. Cl. der Wiener Akad. d. Wiss. 1857. XXIII, 606: quanti ea puella empta est; Instrum. vendit. zwischen Adueja und Veturius Valens bei Detleffen a. O. 638 und zwischen Bellicus und Dasius bei Mommsen in Monatsber. der Berliner Akad. d. Wiss. 1857. 520: quantum id erit;

stipulationes conventionales, so z. B. bei Pap. 2 Defin. (D. XLVI, 2, 28), Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV,

768) Wegen der Conception dieser Stipulation, dafern nur Einer nuntiirt, sowie wegen der cautio iudicatum solvi vgl. A. 952.

1, 38. § 2), 20 ad Ed. (D. XLV, 1, 72. § 1), Paul. 13. ad. Ed. (D. IV, 2, 28); Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 38, 5.

endlich in der doli clausula insbesondere: Beil. XIX. A. 57. 58.

II. Andererseits dagegen auf quanti interest oder resp. interesit werden nach dem freien Ermessen der Interessenten folgende Stipulationen concipirt:

cautio de opere restituendo bei einer Mehrheit von Nuntianten: Labeo bei Ulp. 80 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 21. § 7);

stipulatio simplae vel duplae: Modest. 4 Resp. (D. XLV, 1, 102).

B. Sodann treten die gleichen Gegensätze auch zu Tage in den Klagformeln des Formularprocesses und zwar

I. das quanti res und quanto minoris res est in folgenden condemnationes:

1. Quanta pecunia — —, tantam pecuniam, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato in

Klage der Publicanen wegen Steuerrückständen: Gai. VI, 32. vgl. Keller, Civ. Pr. A. 300.

2. Quanta pecunia — —, tantae pecuniae duplum oder triplum oder quadruplum, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato in

gewissen actiones furti, so insbesondere furti nec manifesti und manifesti[769];

---

769) Die a. furti manifesti und nec manifesti förmelten auf: Quanti eam pateram auream (oder dergl.) parret esse, quae Aulo Ag. Numerii Neg. furto abest, duntaxat sestertium mille (oder dergl.) plurisve, tantae pecuniae duplum, resp. quadruplum, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, si non parret, absolvito; dies bezeugen: a. Ulp. 40 ad Sab. (D. XLVII, 2, 19. pr. — § 4), 37 ad Ed. (D. cit. 52. § 25); b. Ulp. 37. 38 ad Ed. (D. cit. 50. pr. 52. § 29. L, 16, 193), 51 ad Sab. (D. cit. 179); vgl. Jav. 15 ex Cass. (D. XII, 3, 9), A. 1478; c. Ulp. 40 ad Sab. (D. XLVII, 2, 19. § 3), Martial. XVI, 19, 2 (lis est mihi de tribus capellis: vicini queror has abesse furto); vgl. Pseudo-Quint. Decl. 13, 10 (si mihi alvi furto abessent) Paul. 7 ad Ed. (D. L, 16, 14. pr.); d. Ulp. 37 ad Ed. (D. L, 16, 192); vgl. Javol. 15 ex Cass. (D. XII, 3, 9); Jac. Curtius. Εἰκαστῶν IV, 7

a. vi bonorum raptorum: Cic. p. Tull. 7. vgl. Keller, Civ. Pr. A. 356;
a. de pecunia calumniae causa accepta: Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 6, 1. pr.).

3. Quanti ea res erit[770], tantam pecuniam, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato in

condictio triticaria auf certa res: Beil. XIX, A. 6;
a. de eo, quod certo loco: A. 1434;
a. aquae pluviae arcendae, wie zu entnehmen ist aus der Conception der cautio de novo opere restituendo (unter A I);
a. de pauperie, wie zu entnehmen ist aus Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3); Ulp. 18 ad Ed. (D. cit. 1. pr.); Paul. sent. ec. I, 15, 1. vgl. A. 1291;
dinglichen Klagen per formulam petitoriam und zwar directae,

---

in Otto, thes. V, 251; ein anderes Beispiel der gleichen Stellung der taxatio zwischen intentio und condemnatio bietet lex Rubr. c. 20, wogegen ein zweites Beispiel einer taxatio auf das Minimum mir nicht zu Gebote steht Dagegen die a. ope consilio furti facti welche Keller, Inst. 139 irrig mit der a. furti nec manifesti identificirt und worüber vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 149 förmelte: Si parret ope consilio[ve] Numerii Neg. Aulo Ag. furtum factum esse paterae aureae (oder dergl.), quam ob rem eum pro fure damnum decidere oportet, quanti ea res erit, tantae pecuniae duplum. iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, si non parret, absolvito; dies bezeugen: a. Gai. IV, 37 u. a. m. b. Ulp. 51 ad Sab. (D. L, 16, 179); vgl. A. 1290.

770) Niemals aber est und fuit, wie Savigny, Syst. VI, 205 fg. und Schmidt, Interdictenverf. 253 fg. annehmen. Die Conception der jurisdictionellen condemnatio auf quanti ea res erit befunden: Edicte in Dig. XI, 3, 1. pr. 11 pr. XXVII, 6, 7. pr. XLIII, 17, 1. pr. Gai. IV, 47. 51. Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 29. § 2), 12. 56. 72 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 2. XLVII, 8, 4. § 11. XLIII, 4, 1. § 5), 51 ad Sab. (D. L, 16, 179); die Conception auf fuerit befunden: lex Aquilia c. I. III. nach Gai. III, 214. Inst. Just. IV, 3, 9. Theoph.. in h. l. wozu vergl. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. § 2), Inst. Just. IV, 3, 14. 6, 19., während corrumpirt ist das fuit, fuisset, erit bei Gai. III, 210. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 2, 2. pr.), Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. pr. 27. § 5); dann Edict. aed. cur. in Dig. XXI, 1, 38. pr. Jul. 51 Dig. (D. XLIV, 2, 25. § 1), Gai III, 218 (s. A. 773). Vgl. auch A. 776. — Nichts dagegen beweisen die Stellen, wo die judizielle Condemnation in das Auge gefaßt ist: denn für den Judex verwandelt sich das Futurum in das Präsens oder Perfectum.

wie ficticiae, daher insbesondere ebenso bei rei vindicatio: Gai IV, 51. Ulp. 51 ad Ed. (D. VI, 1, 68,) Paul. 13 ad Sab. (D. VI, 1, 71), wie bei Publiciana in rem: Beil. XXI § V;

a. redhibitoria: A. 1363;

a. in factum concepta aus depositum: Gai. IV, 47;

a. in factum concepta aus commodatum: Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2);

a. Rutiliana des bon. emptor: Gai. IV, 35. 66. 68;

a. ad exhibendum: Gai. IV, 51;

a. de dolo: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 17. pr.), Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. pr.);

a. adversus falsum tutorem: Edict. in Dig. XXVIII, 6, 7. pr. Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 2);

a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus a praetore in possessionem missus admissus non sit: Edict. in Dig. XLIII, 4, 1. pr.[771]), Ulp. 72 ad Ed. (D. XLIII, 4, 1. § 5), Paul. 59 ad Ed. (D. XLIII, 4, 2), 2 Quaest. (D. XLII, 4, 14. pr.);

a. adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocatur: Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 7, 5. § 1);

a. adversus eum, qui ius dicenti non obtemperaverit: Ulp. 1 ad Ed. (D. II, 3, 1. § 4.);

a. adversus magistratum municipalem, qui damni infecti nomine neque caveri, neque in possessione esse curaverit: Ulp.1 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 4. § 7);

a. adversus eum, qui hominem mortuum in locum purum alterius intulerit: Gai. 19 ad Ed. prov. (D. XI, 7, 7. pr.);

a. adversus creditorem in possessionem praedii missum, qui neque locaverit fructum, neque vendiderit: Ulp. 62 ad Ed. (D. XLII, 5, 9. § 6: in hoc condemnabitur, quanto minus propter hoc perceptum est);

a. arbitraria bei den interdicta restitutoria und exhibitoria: Gai. IV, 163;

---

771) Die Lesart der Edictsworte: quanti ea res fuit ist, wie Ulp. und Paul. bekunden und bereits Mommsen anerkennt, sicher corrumpirt.

indicium secutorium aus den Interdicten[772]), so aus interd. uti possidetis: Edict. in Dig. XLIII, 17, 1. pr. Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 17, 3. § 11); unde vi: Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6);

endlich

die anomal geförmelte a. ex stipulata aus cautio iudicio sisti in gewissen speciellen Fällen: § 115.

4. Quanti ea res erit, tantae pecuniae duplum oder triplum oder quadruplum, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato; und so zwar bei

a. redhibitoria auf duplum: A. 1363;

a. furti ope consilio facti: A. 769;

a. adversus eum, qui se liberum sciens dolo malo passus est se pro servo venumdari: Ulp. 55 ad Ed. (D. XL, 12, 18. 20), Modest. 1 de Poen. (D. XL, 12, 21);

a. damni in turba dati: Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 4. § 11);

a. quod metus causa: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 7), Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 2. IV, 3, 18. pr.);

a. de servo corrupto: Edict in Dig. XI, 3, 1. pr. 11. pr. Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 9. § 2);

a. de effusis et deiectis wegen damnum datum, wie zu entnehmen ist aus der Fassung des bezüglichen Edictes in Dig. IX, 3, 1 pr.: quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum — in duplum iudicium dabo, wozu vgl. J. Just. IV, 5, 1.

a. falsi leg. Corneliae: A. 880;

a. ex cap. IX leg. Juliae de adult. de damno quaestione servi accusati iniuria dato: A. 880.

5. Quanti ea res fuerit, tantam pecuniam oder tantae pecuniae duplum, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato bei

a. legis Aquiliae ex cap. I: quanti in eo anno plurimi ea res fuerit (s. A. 773), tantam pecuniam (im Confessionsfalle) oder tantae pecuniae duplum (im Infitiationsfalle), iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato;

---

772) Vgl. Schmidt in A. 770 cit. Irrig Huschke zu Gai IV, 165: quanti interest.

a. legis Aquiliae ex cap. III: quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit,[773]) tantam pecuniam (im Confessionsfalle)[774]) oder tantae pecuniae duplum (im Infitiationsfalle), iudex, Numerium Neg. Aulo Ad. condemnato.[775])

6. Quanto minoris ea res, quum veniret, fuerit, tantam pecuniam iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato in der

a. quanti minoris: Edict. aed. cur. in D. XXI, 1, 38 pr. Jul. 51 Dig. (D. XLIV, 2, 25. § 1), Ulp. 2 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 38. § 13), 80 ad Ed, (D. XXI, 1, 61).

II. Dagegen das quanti interest tritt auf in den condemnationes auf

1. Quanti Auli Ag. interfuerit,[776]) tantam pecuniam, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, und so zwar in

---

773) Diese condemnatio wird direct bekundet durch Gai. III, 218: hoc — capite — quanti in diebus XXX proxumis ea res fuerit, damnatur is qui damnum dederit ac ne „Plurimi" quidem verbum adiicitur, aus welchen letzteren Worten unzweideutigst erhellt, daß damnatur die Bedeutung hat von formulae condemnatio concepta est. Dagegen beziehen sich auf die judizielle Condemnation Stellen, wie Jul. 88 Dig. (D. IX, 2, 51. § 2) und bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. § 3), Pomp. bei Ulp. 43 ad Sab. (D. XLVII, 1, 2. § 3) u. a. m.

774) Außer Betracht lasse ich die Oratio divi Marci (s. Keller Civ. Pr. A. 727), deren Inhalt, wie Rückwirkung auf die Klagformeln noch der exacten Bestimmung bedarf.

775) Die Belege s. Beil. XIX. A. 37. Daselbst ist es mir durch ein Versehen beim Ausschreiben aus einer Zusammenstellung von Klagformeln leider passirt, daß ich dort die Condemnations-Formel auf: eius — condemnato irrig in die a. leg. Aquiliae (a. O.), und dagegen die Formel auf: quanti ea res erit, tantam pecuniam — condemnato irrig in die bon. fid. a. (Beil. XXI. § XV. XXII.) gestellt habe. — Die Formulirung der condemnatio der Klagen aus c. I und III der lex Aquilia auf tantam pecuniam oder tantae pecuniae duplum condemnato ist singulär: die incerti condictio formulirt im Uebrigen auf eius condemnato: Beil. XIX § I unter 3, wie A. 13. — Wegen der Klage aus c. II vgl. Beil. XIX A. 21; freilich meint Kniep, Mora II, 509, daß dann, wenn der Beklagte über 300 Asse in fraudem stipulatoris Acceptilation ertheilte, dem Richter obgelegen habe, in das quanti ea res est zu condemniren d. h. den Marktpreis jener 300 Asse durch Schätzung zu eruiren!!

776) Interfuerit im Gegensatze zu interfuit oder interest (A. 770) be-

a. de alienatione iudicii mutandi causa facta: Gai 4 ad Ed. prov. (D. IV, 7, 1. pr. 3. § 4), Ulp. 13 ad Ed. (D. IV, 7, 4. § 5);

a. de edendo adversus argentarium: Gai 1 ad Ed. prov. (D. II, 13, 10. § 3), Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 13, 6. § 4. fr. 8. § 1);

a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus quis in iudicio sistat: Jul. 2 Dig. (D. II, 10, 5. pr. § 4), Paul. 69 ad Ed. (D. II, 11, 3);

a. adversus mulierem, quae dicitur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse: Ulp. 34 ad Ed. (D. XXV, 5, 1. § 1. 3), Paul. 37 ad Ed. (D. XXV, 5, 2. § 1);

a. adversus mulierem, quae ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicitur: Ulp. 34 ad Ed. (D. XXV, 6, 1. § 4. 7. 8);

a. si mensor falsum modum dixerit: vgl. Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 1. pr. fr. 3. § 1. fr. 5. § 1);

a. adversus eum, qui prohibuerit hominem mortuum inferre: Gai. 19 ad Ed. prov. (D. XI, 7, 9);

a. viae receptae: Paul. 1 Sent. (D. XLIII, 11, 3. pr. Sent. rec. I, 14, 1[a]);

a. adversus curatores rei publicae wegen Schädigung durch culpose Vernachlässigung der Amtspflichten: Paul. sent. rec. V, 2, 4.

2. Quanti Auli Ag. interfuerit, tantae pecuniae duplum, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato in der

a. adversus eum, qui testamento liber esse iussus surripuisse aut corripuisse quid dicitur: Ulp. 38 ad Ed. (D. XLVII, 4, 1. § 1. 10. 13. 16).

In Bezug auf die Sphäre nun des quanti res est einerseits und des quanti interest andrerseits waltet in abstracto eine Verschiedenheit zwischen Beiden[777]) nicht ob hinsichtlich der ver-

---

kunden: Gai. 19 ad Ed. prov. (D. XI, 7, 9), Ulp. 34 ad Ed. (D. XXV, 5, 1. § 1); vgl. § 72 unter A.

777) Das Verhalten der Quellen ist intricat, weil, wie in A. 764 bemerkt, einem großen Theile der unter I verzeichneten Klagen von der Kaiserzeit die Richtung auf id quod interest interpretativ beigemessen ward.

schiedenen Kategorien der Schädigung, insofern auch dem quanti res est insbesondere die Kategorieen der omnis causa oder der juristischen Zubehörigkeit,[778]) wie auch der pecuniären Bezüglichkeit[779]) unterfallen; wohl aber waltet solche Verschiedenheit ob theils hinsichtlich der Einbuße am entgangenen Gewinne, theils hinsichtlich der zukünftigen Folgen des Schadens, welche beide bei dem quanti res est gar nicht in Anschlag kommen; theils endlich auch hinsichtlich des indirecten Schadens. Denn während bei dem quanti interest dieser Schaden mit in Ansatz kommt, welcher durch das Mittel des direct verletzten Objectes übergreift auf anderweite selbstständige Vermögensbestandtheile, auch wenn dieselben weder mechanischer, noch pecuniärer, noch juristischer Zubehör des unmittelbar lädirten Objectes sind,[780]) so kann das quanti res est nicht über das unmittelbar lädirte Ob-

---

778) So bei a. redhibitoria (s. § 124 unter I g): Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 29. § 2): et quidem continet condemnatio (sc. in id, quanti ea res erit) pretium accessionesque; — et usuras pretii — — placet consecuturum, u. a. m. Bei a. quod met. causa (s. § 124 unter I n): Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 7): quadruplatur — id quanti ea res erit id est cum fructibus et omni causa. Bei a. furti (s. A. 1478): Ulp. 37 ad Ed. (D. XLVII, 2, 52. § 28): si servus surreptus heres institutus fuerit, furti iudicio actor consequetur etiam pretium hereditatis. Bei Klage aus dem Fideicommiß (s. A. 1479): Jul. 39 Dig. (D. XXXVI, 1, 25. § 3). — Durch die Nichterkenntniß dieses ganz zweifellosen Satzes werden Savigny, Syst. V, 448 d., Mommsen, a. O. 53 A. 26, Cohnfeldt, a. O. 242 zu dem Irrthume verführt, die omnis causa greife über das quanti res est hinaus und die Pflicht zum Ersatze jener involvire daher mit Nothwendigkeit die Haftung für das quanti interest.

779) Afric. 6 Qaest. (D. XXI, 1, 34. § 1), Ulp. 2 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 38. § 13. 14). — Nach Maaßgabe von Inst. Just. IV, 3, 10., wozu vgl. Gai. III, 212. Paul. 22 ad Ed. (D. IX, 2, 22. § 1) haben wir allerdings anzunehmen, daß die frühere Zeit der Republik bei a. leg. Aquiliae für das quanti res est nicht die obige Kategorie anerkannte. Allein diesfalls ist der Grund hiervon ein historischer, nicht ein juristischer: die Volksanschauung jener Zeit erkannte hier, wie bei anderen Klagen auf quanti res est, nicht die universitas facti als das lädirte Object an, als vielmehr nur das unmittelbar betroffene Einzelobject selbst.

780) So z. B. Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 3. pr.); Gai. 4. 19 ad Ed. prov. (D. IV, 7, 3. § 4. XI, 7, 9); Pap. 27 Quaest. (D. XLV, 1, 118. § 2); Ulp. 27. 30. 32. 34 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8. XII, 3, 3. XIX, 1, 13. § 2. XXV, 6, 1. § 7); Paul. 37 ad Ed. (D. XXV, 5, 2. § 1).

ject sammt seinem mechanischen oder pecuniären oder juristischen Zubehör hinausgreifen, da jedes anderweite selbstständige Object sein eigenes pretium trägt, nicht aber dem pretium des Ersteren mit unterfällt. Und dies wird denn auch direct bekundet bezüglich der a. redhibitoria von

Jul. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 31. pr.): ob haec —, quae propter servum damna sensit (sc. emtor), solum dabimus ei corporis retentionem;

Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 29. § 3): si quid — damni sensit vel si quid pro servo impendit (sc. emtor), consequetur arbitrio iudicis, sic tamen, non ut ei horum nomine venditor condemnetur, sed ne alias compellatur hominem venditori restituere, quam si eum indemnem praestet.[781])

§ 72.

Die Würderung des Vermögensschadens.

Die Würderung des Vermögensschadens d. i. diejenige Berechnung, durch welche der erlittene Schaden auf Geld reducirt, somit die passive Differenz zwischen dem pecuniären Status vor und nach der erlittenen Einbuße in einer Geldsumme bestimmt und ausgedrückt wird, in den Quellen technisch bezeichnet als damni, litis aestimatio oder auch pecuniaria aestimatio, wie aestimatio schlechthin,[782]) ist, entsprechend der in § 71 dargelegten

---

781) Somit: weil die condemnatio auf quanti res erit lautet, kann der Richter nicht auf Ersatz des indirecten Schadens verurtheilen. Allein um gleichwohl dieses Ziel zu erreichen, hilft sich die Rechtswissenschaft hier damit, daß sie dem redhibirenden emtor ein Retentionsrecht am Redhibitionsobjecte einräumt wegen jenes indirecten Schadens. So ist auch zu verstehen Paul. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 30. § 1).

782) Damni aestimatio: Ulp. 28 ad Ed. (D. IX, 3, 1. § 5), vgl. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 18). — Wegen litis aestimatio vgl. z. B. Alfen. 3 Dig. a Paul. epit. (D. XIX, 2, 30. pr.) und Weiteres bei Brisson de V. S. v. lis § 4. Schilling, Inst. § 232 o. und so z. B. einerseits Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 15. § 7): tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, andrerseits Marcell. 8 Dig. (D. XII, 3, 8): pretio id est quanti res est litem aestimari. — Zu aestimatio tritt mitunter die nähere Angabe des Objectes, so facti aestimatio: Cels. bei Ulp 20 ad Ed. (D XLV, 1, 72 pr.),

Zwiefältigkeit des Maaßstabes der Bemessung des Vermögensschadens, selbst eine zwiefältige: einerseits Würderung der Einbuße nach dem Maaßstabe der utilitas oder veritas oder quanti interest, von Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 6) utilitatis aestimatio genannt,[783]) und andrerseits Würderung der Einbuße nach dem Maaßstabe des pretium oder quanto minoris oder quanti res est, technisch bezeichnet durch rei oder corporis aestimatio:[784])

Pap. 12 Quaest. (D. XLVII, 2, 80. § 1): quum — iure dominii defertur furti actio, quamvis non alias nisi nostra intersit competat, tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit (s. § 124 unter I), utilitas mea referenda est; — — itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, quum cessante dominio furti (sc. et usus et possessionis) actio nascitur (vgl. § 142 unter IV);

Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 20): in hac actione quod interest non venire, sed rei tantum aestimationem; 38 ad Ed. (D. L, 19, 193): haec verba: „Quanti eam rem paret esse" non ad quod interest, sed rei aestimationem referuntur; 69 ad Ed. (D. XLIII, 17, 3. § 11): condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem, zu welchem refertur in den Gegensatz tritt: sic accipimus: quanti uniuscuiusque interest; 51 ad Sab. (D. L, 16, 179): placet veram rei aestimationem fieri (s. A. 765); vgl. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. § 2): utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit quum occidetur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum?

Paul. 22 ad Sab. (D. IX, 2, 22. § 1): non solum — peremti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt.

Somit ist der Maaßstab für die aestimatio ein durchaus ver-

---

usus fructus: Afric. 5 Quaest. (D. VII, 1, 36. § 2). servi: Paul. 18 ad Ed. (D. XII, 2, 30. § 1). — Pecuniaria aestimatio: Gai. IV, 48.

783) Vgl. auch Pap. 12 Quaest. (D. XLVII, 2, 80. § 2): utilitas aestimationem facit, u. dergl.

784) Daneben auch prädicirt als vera rei aestimatio s. A. 765.

schiedener, je nachdem der Vermögensschaden selbst bemessen wird als quanti interest oder als quanti res est.

Und zwar zunächst bei Würderung des Schadens nach Maaßgabe der utilitas oder veritas oder als quanti interest, ist es, wie im § 71 dargelegt, ein durchaus subjectiver Maaßstab, welcher, in der Individualität des Geschädigten belegen, der aestimatio sich unterbreitet: indem dort der reale Gehalt des Güterbesitzes in in der Nutzfähigkeit des Gutes für seinen Inhaber d. i. in der Fähigkeit des ersteren, die Bedürfnisse des Letzteren zu befriedigen, gefunden wird; indem somit solches individuelle Bedürfniß allein jene Nutzfähigkeit des Gutes graduell bestimmt und diese Nutzfähigkeit wiederum die Werthschätzung des Gutes Seitens seines Inhabers quantitativ fixirt; indem endlich der Schaden als Einbuße an solchem Werthe aufgefaßt wird und somit nach solchem Maaßstabe seine aestimatio beschieht, so liefert nun die Werthschätzung allein, welche dem lädirten Gute Seitens seines Inhabers zu Theil wird, die Factoren des Rechenexempels, dessen Facit die aestimatio ist. Diese rein subjective, wie individuelle Basis der aestimatio gelangt aber in dreifacher Beziehung zur Geltung, und zwar zuerst insofern, als vor Allem die individuellen pecuniären Interessen bei der aestimatio des quanti interest in Ansatz kommen und damit der Werth des Gutes von Factoren abhängig wird, welche möglicher Weise weit über die Individualitäts-Sphäre jenes Gutes selbst hinausliegen. Denn bei dem directen Schaden sind es ebenso die gesammten äußeren Verhältnisse, die den Betroffenen dauernd oder jeweilig umgeben, als auch dessen jeweilig maaßgebende individuelle Zwecke, welche die pecuniäre Relevanz des Vermögensobjectes subjectiv ebenso steigern, wie verringern können, so z. B. dafern die Lage des Wohnortes des Betroffenen besondere Transportkosten eines Mobiliares bedingt, oder dafern eine Arbeitsleistung für die Errichtung einer Scheune bestimmt ist, wo der Werth solcher Leistung etwa durch das Erforderniß des Gebäudes für Bergung der Ernte sich steigert. Beispiele in dieser Beziehung bieten

Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6): saepe actoris pluris interesse hominem retinere, — veluti quum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eius eum possideri (vgl. A. 758);

Ulp. 44 ad Ed. (D. XXXVIII, 5, 1. § 15): affectio vel opportunitatis vel vicinitatis vel coeli;

Ter. Clem. 13 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXI, 1, 54): confines fundos etiam supra justam aestimationem interest nostra acquirere.

Und in noch erhöhtem Maaße gelangen diese subjectiven Beziehungen beim indirecten Schaden zur Geltung, insofern je nach der Individualität des Betroffenen theils das einzelne Vermögensobject eine ganz verschiedene Stellung gegenüber dem Vermögen in seiner Gesammtheit einnimmt, theils das Gut anderer Beschaffenheit in einem ganz verschiedenen Causalitätsverhältnisse zu den pecuniären Interessen des Betreffenden steht. Denn während in letzterer Beziehung die gesunden Arme einen ganz anderen Vermögenswerth haben für den Maler oder Tischler, als für den Sänger oder Hirten, so gewinnt in ersterer Beziehung wiederum der Schaden dadurch eine so weitgehende quantitative Verschiedenheit, daß derselbe nach dem Maaßstabe des quanti interest nicht auf das lädirte Object körperlich sich beschränkt, als vielmehr auf das Vermögen in seiner Totalität seine Reflexwirkung erstreckt. Denn indem das Vermögen in seiner Gesammtheit, wie in § 71 dargelegt, sich darstellt als ein großer zusammengesetzter Apparat im Dienste der mannichfachen Bedürfnisse seines Inhabers, als ein Apparat, dessen einzelne Bestandtheile zwar ein jeder seine eigene Function versieht, die jedoch bei jenem ihrem gemeinsamen Dienste auch wiederum wechselseitig sich unterstützen und fördern, so daß innerhalb gewisser Gränzen der eine Bestandtheil den andern zur Lösung der Gesammtaufgabe erfordert und alle einzelnen Zubehörungen wiederum gleichwie die Theile einer Maschine an einander sich anpassen und in einander eingreifen und keiner derselben vermißt werden kann, ohne den Gang des Ganzen zu stören oder zu hemmen; so zieht nun möglicher Weise die Schädigung des einzelnen Vermögensobjectes eine größere Anzahl anderer Objecte in Mitleidenheit, welche mit dem ersteren in einem solchen Nexus des Dienstbaren oder Förderlichen, des Mitwirkens für allgemeinere wirthschaftliche Aufgaben stehen, so daß z. B. die Tödtung des Schaafes nicht auf den Verlust solchen Viehstückes sich beschränkt, sondern auch die Düngung des

Feldes beeinträchtigt, wie die pecuniäre Ausnutzung des Stalles, der Schaafscheere, des Webstuhles, und der Arbeitskraft des opilio, wie der textrices.

Zweitens sodann gewinnt jene subjective Unterlage des quanti interest auch durch das andersartige: das sogen. Affectionsinteresse, so namentlich durch das ästhetische oder sympathetische oder ethische Interesse einen bestimmenden Einfluß auf die aestimatio. Denn wenn auch die Beeinträchtigung solcher Interessen an und für sich keinen Vermögensschaden begründet (§ 69), so greift doch solches Interesse dadurch über in die Sphäre des quanti interest, daß die pecuniäre Werthschätzung eines Objectes Seitens seines Inhabers beeinflußt oder überhaupt bestimmt wird durch die Dienstbarkeit des ersteren für die bezeichneten Interessen des letzteren, durch die Fähigkeit somit des Objectes, die entsprechenden Bedürfnisse des Inhabers zu befriedigen, so daß daher solches Interesse ebenso den Werth einer Sache für deren Inhaber weit über ihren Preis steigern, wie auch der Sache, die an und für sich werthlos ist, einen Werth verleihen kann, so z. B. die individuelle Liebhaberei des Besitzers, die Pietät für ein ererbtes Familienstück, die Liebe zu dem filius naturalis oder zu einer ancilla, die Dankbarkeit, die man einem Sclaven schuldet u. dgl. m. Und solche Thatsache erkennen nun auch die Quellen mehrfach an, so

Ped. bei Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33. pr.): filium naturalem — plurimo, si alius possideret, redemturus fuit;

Iavol. 8 Epist. (D. XXXVIII, 2, 36): multi — casus intervenire possunt, quibus expediat patrono petere bonorum possessionem, — — veluti si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus maiorum patroni sepulcra sint, et magni aestimat patronus bonorum possessione iura pro parte ea ad se pertinere vel aliquid mancipium, quod non pretio, sed affectu sit aestimandum;

Ulp. 44 ad Ed. (D. XXXVIII, 5, 1. § 15): hoc interesse sua — quod venierit possessio, in quam habet — affectionem — —, quod illic educatus sit vel parentes sepulti; 51 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 3): si aliena res legata sit negetque dominum eam vendere vel immen-

sum pretium eius rei petere affirmet aut si servum hereditarium neget se debere praestare, forte patrem suum vel matrem vel fratres naturales;

Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33 pr.): filium tuum naturalem, — quem tu magno emtum velles; 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 2, 63. pr.);

vgl. Pap. 10. 27 Quaest. (D. XVIII, 7, 7. 6. pr. XVII, 1, 54. pr.), Hermog. 1 Jur. epit. (D. IV, 4, 35).[785])

Drittens dann gewinnt das Individuelle im Maaßstabe der aestimatio vom quanti interest auch noch darin einen Einfluß, daß gewisse Güter, welche gar keinen Preis, wohl aber einen Werth für ihren Inhaber haben, die Summen-Bestimmung ihrer aestimatio durch die Werthschätzung des Letzteren empfangen, so die Freiheit, die Integrität von Geist oder Körper oder gutem Namen, wie andrerseits die Sachen, welche nur als Unica vorhanden sind oder die Leistungen, die nur ein exceptionell begabtes Individuum zu produciren vermag.

Und dazu kommt endlich, daß das quanti interest nach § 71 a. E. auch die Einbuße am entgangenen Gewinn, wie die zukünftigen Folgen der erlittenen Schädigung mit umfaßt.

Dahingegen bei Würderung des Schadens nach Maaßgabe des pretium oder der quantitas oder als quanti res est ist der Maaßstab der aestimatio nach § 71 ein durchaus objectiver: indem der reale Gehalt des Güterbesitzes in der Tauschfähigkeit des Gutes gefunden wird; indem ferner solcher Tauschgehalt ebenso bestimmt wird durch die Werthschätzung, welche dem Gute Seitens der Gesammtheit der an der Gütercirculation in der bürgerlichen Gesellschaft Betheiligten beigemessen wird, wie andrerseits auch selbst diese Werthschätzung wiederum bestimmt; indem sodann solche Werthschätzung bei den Tauschgeschäften der Verkehrenden in dem Marktpreise ihren Ausdruck findet; so ergiebt nun für den Schaden, der als Einbuße an solchem Preise aufgefaßt wird, solcher Preis des Gutes einen durchaus objectiven Maaßstab: denn die bürgerliche Gesellschaft ist es, welche

785) Vgl. Cohnfeldt, Interesse § 8. — Juristisch verliert allerdings der obige Satz zum Theil sein practisches Interesse durch die in § 74 unter a festzustellende Beschränkung.

hier in dem Preise die Factoren des Rechenexempels liefert, dessen Facit die Schäden-Würderung ist. Dahingegen die individuelle Werthschätzung des Gutes Seitens des Geschädigten ist für diesen Modus der Würderung ein durchaus einflußloser Moment: das Interesse des Geschädigten ergiebt hier keinen für die aestimatio in Ansatz kommenden Factor, indem vielmehr dessen Beeinträchtigung nur insoweit ausgeglichen wird, als es durch den Preis des die Schädigung vermittelnden Objectes vertreten wird. Und demgemäß bleiben hier nun auch alle die subjective Werthschätzung bestimmenden Beziehungen als an und für sich irrelevant ganz außer Betracht, so namentlich ebenso das sogen. Affectionsinteresse:

Ped. bei Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33 pr.) und Paul. 2 ad leg. Jul. et Pap. (D. XXXV, 2, 63. pr.): pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum — funguntur,

wie auch die Stellung, welche das lädirte Object innerhalb des Gesammtvermögens, als dessen Zubehör, einnimmt: vielmehr wird hier das Object, abgesehen von der omnis causa oder pecuniären Bezüglichkeit (A. 778 fg.), durchaus isolirt und als eine öconomisch in sich abgeschlossene Einheit gewürdert, als Bestandtheil aber lediglich des in der bürgerlichen Gesellschaft circulirenden Güterquantums in Betracht gezogen.

Und hierauf allenthalben nun beruht es, daß die Quellen das quanti interest als den dem Geschädigten günstigeren Modus der aestimatio auffassen:

Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6): saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est;

Ulp. 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. pr.): id quod interest — interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet; 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 20), 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 2. § 13);

Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 1, 43): non — pretium continet tantum, sed omne quod interest;

und dem entsprechend nun auch in gewissen Fällen die normale Verhaftung auf quanti res est gleich als pönale Steigerung in eine Verhaftung auf quanti interest umgewandelt wird, so bei der reticentia wegen scientia des Veräußerers (§ 87 unter III)

oder bei cond. furtiva im Gegensatze zu den übrigen condictiones (§ 81 unter III).

Gleichwohl aber liegt solches Verhältniß nicht in der Beschaffenheit an sich jener beiden Maaßstäbe,[786]) als vielmehr lediglich in den dabei maaßgebenden Factoren, daher in gewissen Fällen auch wiederum das quanti res est den günstigeren Maaßstab der aestimatio für den Geschädigten ergeben kann, so bei

Ulp. 38 ad Ed. (D. XLVII, 4, 1. § 16): illud verum est, si potest alias heres ad suum pervenire, non esse — hanc actionem (sc. adversus eum, qui testamento liber esse iussus surripuisse aut corripuisse quid dicitur) tribuendam, quum in id quod interest condemnatio fiat;

Paul. 37 ad Ed. (D. XXV, 5, 2. § 1): actio in id, quod agentis interest datur; ideo si id, quod ei abest, — servari possit, praeter sumtus — inutilis erit ei haec actio;

vgl. Nerat. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 8): utilitas interdum minoris erit, quam res erit.

Im Allgemeinen aber ist die aestimatio damni ein Subtractionsexempel, bei welchem der Minuendus in dem pecuniären Status gegeben ist, wie solcher ohne Eintritt der Schädigung sich berechnen würde, den Subtrahendus aber der Status bildet, wie solcher in Folge der eingetretenen Schädigung sich ergiebt, und die Differenz nun die Aestimationssumme: das quanto deterior res facta sit[787]) liefert (vgl. § 74). Als normale Ordnung ergiebt sich daher aus dem Wesen der aestimatio, daß bei derselben in Bezug auf den Minuendus und Subtrahendus derjenige pecuniäre Status in Ansatz gebracht wird, welcher zum Zeitpunkte vom Eintritte des schädigenden Vorganges sich ergab, so daß in ersterer Beziehung der Status unmittelbar vor der erlittenen Einbuße, in der letzteren Beziehung aber der Status unmittelbar nach der erlittenen Einbuße in das Exempel eingestellt wird, die späteren Vorgänge dagegen, welche nach jenem Zeitpunkte jenen

786) Unbegreiflicher Weise behauptet dies Mommsen, a. O. 17.

787) So Proc. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XXI, 2, 16. § 2); Marcell. 20 Dig. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3); Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28); Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 13); Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 2) u. a. m.

pecuniären Status anderweit veränderten, außer Berücksichtigung bleiben. Und diese Ordnung griff in der That Platz bei drei verschiedenen Klassen von Klagen[788]), und zwar

A. bei gewissen Delictsklagen mit Schadenersatz werden die thatbeständlichen Verhältnisse zum Zeitpunkte der Begehung des Delictes der Aestimation zu Grunde gelegt, nämlich bei

actiones furti nach der älteren Rechtstheorie: Pomp. 6 ad Sab. (D. XLVII. 2, 9. pr.), wozu vgl. Mommsen, a. O. II, 204. A. 9;

a. vi bonorum raptorum: Nerat. 1 Resp. (D. XV, 1, 55), Gai. 21 ad Ed. prov. (D. XLVII, 8, 5):

a. de servo corrupto: Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 5. § 4), Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 6);

a. adversus eum; qui dolo malo fecerit, quo minus a praetore in possessionem missus admissus non sit: Ulp. 53 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 15. § 36);

a. de edendo adversus argentarium: Ulp. 4 ad Ed (D. II, 13, 8. § 1)[789]);

iudicium secutorium aus interd. quod vi aut clam: Labo bei Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 7. § 4), Ulp. cit. (D. cit. 11. § 8);

a. quod met. c. (vgl. A. 899): Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 11);

im Allgemeinen aber zweifelsohne bei allen Klagen, deren condemnatio auf interfuerit sich concipirt (§ 71 unter II).

B. Bei den Contracts- und Quasicontractsklagen werden regelmäßig die thatbeständlichen Verhältnisse zum Zeitpunkte der schädigenden Handlung der Aestimation zu Grunde gelegt, so insbesondere

788) Die nachstehenden Beispiele von Klagen ergeben, daß in Bestimmung dieses Punktes die Rechtswissenschaft mehrfach sich unabhängig stellte von der Conception der Klagformeln oder resp. des Edictes je auf erit oder auf fuerit.

789) Qui in hoc edictum incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, quum decerneretur a praetore, non quod hodie interest; et ideo licet interesse desiit, vel minoris vel pluris interesse ceopit, locum actio non habebit neque augmentum neque deminutionem, wo diese beiden accusativi als graeci sich ergeben und eine Emendation daher durchaus nicht geboten ist.

1) bei den bon. fid. actiones, wie bei a ex stipulatu (s. A. 1404 fg.) im Falle der Schädigung

a. durch einfache, nicht qualificirte Nichtleistung des Schuldobjectes, wo maaßgebend ist der Zeitpunkt des Judicates, als desjenigen Momentes, mit welchem die Schädigung eintritt, ebenso wie nach Maaßgabe von b der Ort des Judicates:

Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2): in — bonae fidei iudiciis — rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur; vgl. auch § 114 a. E.;

b. durch mora solvendi, wo maaßgebend ist der Zeitpunkt des Eintrittes der Mora, somit namentlich der Solutionstermin, ebenso wie der Ort der Solution, sowie, abweichend vom obigem Gesetze, electiv der Zeitpunkt, wie Ort des Judicates:

Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 3); vgl. A. 1010, sowie bezüglich der a ex stipulatu: Paul. 11 ad Sab. (D. II, 11, 12. § 1);

c. durch vertretbare Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, wo nach Analogie von b und 2 b maaßgebend ist der Zeitpunkt des Eintrittes solcher Verkürzung, wie der Ort der Solution;

d. durch delictähnliches Verhalten, so durch dolus malus oder vis, durch reticentia oder Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae, wo nach Analogie von A und b maaßgebend ist der Zeitpunkt der Begehung der Widerrechtlichkeit, wie der Ort der Solution;

2) bei den stricti iur. actiones im Falle der Schädigung

a. durch mora solvendi, wie accipiendi, wo maaßgebend ist der Zeitpunkt des Eintrittes der Mora, somit namentlich der Solutionstermin, ebenso wie der vereinbarte Ort der Solution, eventuell abweichend vom obigem Gesetze, der Zeitpunkt wie Ort der Lit. Contestation:

Afric 8 Quaest. (D XVII, 1, 37) und Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3) in § 137, sowie Sab. bei Jul. 4 ex. Min. (D. XII, 1, 22), Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 3, 4), Jul. 88 Dig. (D. XLV, 1, 59), Ulp. 20 ad Ed. (D. cit. 60) in A 1714;

b. durch vertretbare Vereitelung oder Beeinträchtigung der So-

lution nach ihrem öconomischen Gehalte, wo maaßgebend ist der Zeitpunkt des Eintrittes solcher Verkürzung, wie zweifelsohne auch der Ort der Solution:

Serv. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3), Cels. 5 Dig. (D. XLII, 1, 11) und bei Ulp. cit.; s. § 98 unter 1 b.

C. Bei der formula petitoria werden die thatbeständlichen Verhältnisse zum Zeitpunkte des Judicates, als dem Momente, wo durch die Nichtrestitution die Schädigung begangen wird, und so zweifelsohne auch am Orte des Judicates zu Grunde gelegt:

Trebat. Jul. und Pomp. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 33) und bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 17 § 1); s. A. 976.

Jene normale Ordnung hat jedoch das röm. Recht in mehrfachen Beziehungen aufgegeben, vielmehr statt dessen andere Normen für die Aestimation aufgestellt. Und zwar treten solche Abweichungen in zwei verschiedenen Gruppen auf, insofern

1) in Bezug auf den Minuendus und Subtrahendus ein anderer Zeitpunkt der Fixirung des pecuniären Status vorgeschrieben ist, so daß auf Grund dessen die Vorgänge, welche nach oder resp. vor Eintritt der Schädigung den hieraus sich ergebenden Status sei es zum Vortheile, sei es zum Nachtheile des Geschädigten verändern, bei der Aestimation mit in Ansatz gebracht werden. Jener andere Zeitpunkt aber ist

a. bei den bon fid. actiones im Falle der mora solvendi electiv der Zeitpunkt, wie auch Ort des Judicates: unter B 1 b;

b. bei den bon. fid. actiones im Falle der mora accipiendi der Zeitpunkt der Lit. Cont., wie auch electiv der Ort der Lit. Cont. oder der gegebene Solutionsort:

Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 4) s. A. 1013;

c. bei den stricti iuris actiones im Falle der einfachen, nicht qualificirten Nichtleistung des Schuldobjectes unbedingt und bei mora solvendi und accipiendi eventuell der Zeitpunkt[790]) der Lit. Cont. und der vereinbarte Solutionsort, eventuell der Ort der Lit. Cont.:

Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37); Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28);

790) Wegen der abweichenden Theorie des Serv. s. § 119.

Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2); s. bei A. 1222; sowie Sab. und Cass. in A. 1714;

2) in anderen Fällen wiederum, bestimmt durch den Gesichtspunkt einer pönalen Steigerung der Schadenersatzpflicht, lediglich in Bezug auf den Minuendus ein anderer Zeitpunkt der Fixirung des pecuniären Status vorgeschrieben ist, nämlich

a. ein gewisser Zeitraum vor und bis zum Eintritte des schädigenden Vorganges und zwar der Zeitraum eines Jahres oder resp. eines Monates bei a. damni iniuria dati aus der lex Aquilia c. I und III (s. A. 47. 1473):

Jul. 86 Dig. (D. IX, 2, 51. § 2) und bei Ulp. 18 ad Ed. (D. cit. 23. § 3); Ulp. cit. (D. cit. 21. § 1);

b. theils wiederum der Zeitraum vom Eintritte des schädigenden Ereignisses ab bis zum Judicate: bei

actiones furti nach einer späteren Rechtstheorie: Ulp. 37 ad Ed. (D. XLVII, 2, 50 pr.);

condictio furtiva: Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 1, 8. § 1); vgl. A. 1671; 1675; Voigt, Cond. ob. caus. A. 253;

a. rerum amotarum: Tryph. 11 Disp. (D XXV, 2, 29);

a. damni in turba dati: Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 4. § 11).

Im Uebrigen wird diejenige Aestimation, welche die thatbeständlichen Verhältnisse zum Zeitpunkte der Begehung des Delictes oder der Lit. Cont. oder des Judicates zu Grunde legt, als aestimatio praesentis damni oder temporis oder praesens aestimatio, dahingegen diejenige, welche frühere Vorgänge zu Grunde legt, als aestimatio praeteriti damni oder temporis bezeichnet. [791])

791) So wird die Aestimation unter 1c bezeichnet als praesens aestimatio von Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28), wozu vgl. Ver. und Ant. Phil. bei Callistr. 3 de Jur. fisc. (D. XLIX, 14, 3. § 5), Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 5. § 4), und die Aestimation unter 2b als aestimatio praesentis temporis von Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 4. § 11); dagegen die Aestimation unter A von Paul. 19 ad Sab. (D. XI, 3, 6) als aestimatio praeteritae utilitatis.

§ 73.

Der Schadenersatz und die zum Schadenersatze verpflichtenden Vorgänge.

Der Eintritt eines schädigenden Vorganges, der somit die den Schaden ergebende nachtheilige Einbuße herbeiführt, ist an und für sich ein Ereigniß von rein öconomischer, nicht aber von juristischer Bedeutung. Diese letztere gewinnt vielmehr solcher Vorgang erst dadurch, daß das Recht gewisse juristische Nachtheile für einen Dritten damit verknüpft. Und diese Rechtswirkungen selbst sind wiederum vierfältig: bald poena, bald noxae datio, bald Nullität oder Rescissibilität eines Rechtsgeschäftes, bald endlich Schadenersatz d. i. die Reparirung des von Jemandem erlittenen Schadens Seitens eines Anderen, ein Verhältniß, dessen alttechnische Bezeichnung noxa die röm. Rechtssprache bereits frühzeitig aufgegeben hat, ohne dafür einen entsprechenden technischen Ausdruck zu adoptiren.[792])

Demnach ergeben einen Gegensatz zum Schadenersatz ebenso die noxae datio, so z. B. bei

Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 1, 61. § 1): uti--aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas

als auch die reine d. h. vom Schadenersatze ganz abgesonderte poena, wie solche Object der actio poenalis ist, so bei

Ulp. 1 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 4. § 7): in eum (sc. adversus magistratum municipalem, qui damni infecti nomine neque caveri, neque in possessione esse curaverit) — quanti ea res est — iudicium datur, quod — ad utilitatem venit, non ad poenam; 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 2): quod ait praetor „Quanti ea res erit" magis puto non poenam, sed veritatem his verbis contineri; vgl. § 71.

Und wiederum Beispiele, wo die Schädigung annullirend oder

792) S. Voigt, Bedeutungswechsel gewisser — techn. lat. Ausdrücke 133 fg. Man verwendete als Umschreibung die Ausdrücke praestare damnum, dolum, culpam oder negligentiam oder diligentiam oder custodiam, casum oder periculum d. h. ebenso den Schaden ersetzen, wie auch verpflichtet sein zum Schadenersatze; vgl. Schilling, Inst. § 282 Zus. Brisson, de V. S. s. v. praestare.

rescindirend wirkt, bieten in ersterer Beziehung der error in re oder in sexu, in letzterer Beziehung die Fälle der a. redhibitoria.

Dennoch aber tritt der Schadenersatz durch das Mittel der actio auch wieder in eine Verbindung mit der poena, insoweit die actio mixta zugleich Schadenersatz und poena verfolgt, und dies zwar in der zwiefachen Modalität, daß der Schadenersatz entweder an Stelle der poena und deßhalb selbst pönal qualificirt oder aber mit der poena einheitlich verbunden Jemandem auferlegt ist. Somit daher ergeben sich als die verschiedenen Erscheinungsformen des Schadenersatzes:

1) der reine Schadenersatz, verfolgt durch sogen. actio rei persecutoria, und zwar

a. bald ohne pönale Qualificirung, somit rein reipersecutorisch, wie z. B. bei condictio triticaria oder bon. fidei actio;

b. bald mit pönaler Qualificirung, wie z. B. bei condictio furtiva und actio rerum amotarum (§ 72 unter 2b);

2) der mit poena durch die Einheit der bezüglichen Klage: der actio mixta verbundene Schadenersatz, wobei wiederum

a. entweder der Schadenersatz mit pönaler Qualificirung an Stelle der poena tritt, wie bei actio damni iniuria dati und damni in turba dati (§ 72 unter 2 b. c.);

b. oder der Schadenersatz neben die poena tritt und mit dieser zusammen das Klageobject ergiebt, so bei den actiones furti bis zur Schaffung der condictio furtiva, bei actio vi bonorum raptorum (s. A. 1750) und quod metus causa.

Der Schadenersatz selbst nun kann bestehen ebensowohl in einem Geldäquivalente, wie aber auch in Naturalrestitution der vom Beschädigten erlittenen Einbuße durch Redintegrirung des bis zum Eintritte des schädigenden Vorganges bestandenen pecuniären Status, resp. sammt Beseitigung der daraus später noch erwachsenen Nachtheile. Beide Modalitäten der Ersatz-Leistung stehen frei bei außergerichtlicher Leistung; dagegen bei gerichtlicher d. h. durch Klage vermittelter Ersatz-Leistung wird die letztere Modalität durch die richterliche pronuntiatio in den arbitrariae actiones, die erstere dagegen in der richterlichen condemnatio dem Beklagten auferlegt.

Im Besonderen nun der Schadenersatz, welcher als Geldäquivalent zur Ausgleichung der von Jemandem erlittenen

nachtheiligen Einbuße demselben von einem Anderen zu leisten ist, hat zu seiner Voraussetzung einen nach Geld ästimabelen Schaden, somit eine Einbuße an einem Gute, welches selbst in Geld abschätzbar ist, ein Moment, welchen die Römer durch pecunia lui posse, recipere aestimationem bezeichnen,[793]) wogegen die Inästimabilität des Gutes bezeichnet wird theils durch pecunia lui non posse, non recipere aestimationem, aestimationem fieri non posse, inaestimabile esse,[794]) theils durch infinitam aestimationem esse.[795])

Die Entscheidung an sich nun über die Aestimation des Gutes ist zunächst abhängig von den concreten thatbeständlichen Verhältnissen, somit von der Frage, ob im concreten Falle und je nach dem die betreffende Klage stricti iuris oder bonae fidei ist die Ansätze des Subtractions-Exempels sich gewinnen lassen, dessen es bedarf, um in der zu berechnenden Differenz die Aestimations- und Ersatz-Summe zu finden. Ein Beispiel der Unmöglichkeit dessen bietet innerhalb des strictum ius der Fall, wo ein Schiff durch die Fahrlässigkeit des Schiffsvolkes in Fischernetze geräth und dieselben zerreißt und wo nun Sab. und Proc. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 29. § 3) entscheiden: ubi damnum iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, quum incertum fuerit, an caperentur; wohingegen wiederum bei der emtio spei, somit bei bon. fid. actio Cels. 27 Dig. (D. XIX, 1, 12) entscheidet: si iactum retis emero et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est, eine Verschiedenheit der Entscheidung, welche auf der Verschiedenheit des officium iudicis in beiden Fällen nach Maaßgabe von § 66 beruht.

---

793) Pecunia lui praestarique posse: Octaven. bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XL, 7, 9. § 2), recipere aestimationem: Cels. 6 Dig. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 6, 26. § 12).

794) Pecunia lui non posse: Octaven. in N. 793 cit. — Non recipere aestimationem: Gai. 6. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7. IX, 1, 3), Ulp. 23. 48 ad Ed. (D. IX, 3, 1. § 5. I, 8, 9. § 5). — Aestimationem fieri non posse oder ähnlich: Paul. 34 ad Ed. (D. XIV, 2, 2. § 2), 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 5). — Inaestimabile esse: Paul. 2 ad Ed. (D. L, 17, 106), Marcian. 8 Just. (D. XXX, 1, 114. § 8).

795) Lab. bei Venul. 15 Stip. (D. XLVI, 8, 8. § 2): aestimatio ad infinitum extenditur; Paul. 13 ad Plaut. (D. L, 17, 176. § 1): infinita aestimatio est.

Sodann ist aber auch jene Entscheidung abhängig davon, ob ein Gut an und für sich empfänglich ist für eine Geldschätzung, ein Moment, der nicht a priori, als vielmehr rein historisch und je nach Zeit, wie Volk verschieden sich bestimmt. Denn während z. B. das germanische Recht in seinem Wehrgelde und seiner Sachsenbuße, wie in seinem Schmerzensgelde das Leben und die Freiheit, wie die Schmerzempfindung des freien Menschen als Güter und resp. als einen Nachtheil anerkannte, welche für eine Schätzung nach Geld empfänglich waren, so hat das röm. Recht hierin einen unendlich höheren und idealeren Standpunkt eingenommen und die Aestimabilität einer größeren Anzahl von Gütern versagt, nämlich den Statusrechten und so insbesondere der libertas, wie der Familienangehörigkeit,[796]) sodann der patria potestas[797]) und dem Patronate,[798]) wie dem Leben[799]) und der körperlichen Integrität des Freien,[800]) wogegen ausnahmsweise die sittliche Integrität der Hauskinder als ästimabel anerkannt worden ist.[801]) Vielmehr wird, abgesehen von letzterer Ausnahme, die Aestimabilität nur beigelegt dem Vermögensobjecte, und als sol-

796) Libertas: Lab. bei Venul. 15 Stip. (D. XLVI, 8, 8. § 2), Octav. bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XL, 7, 9. § 2), Paul. 2 ad Ed. (D. L, 17, 106), 18 ad Plaut. (D. L, 17, 176. § 1): infinita aestimatio est libertatis et necessitudinis; Modest. 5 Pand. (D. XLV, 1, 103). — Und darauf beruht, daß bei causae liberales exceptioneller Weise das sacramentum in absolut fixirter Summe angesetzt ist: A. 855. — Familienangehörigkeit: Paul. 13 ad Plaut. cit.

797) Marcian. 8 Inst. (D. XXX, 1, 114. § 8).

798) Ulp. 15 ad Ed. (D. L, 17, 126. § 1), Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 5). Der Widerspruch von Paul. cit. (D. XIX, 1, 45. § 2), 5 ad Sab. (D. XXI, 2, 26) ist, wie Mommsen a. O. 151 A. 11 darlegt, sicher nur ein scheinbarer und erklärt sich daraus, daß hier die operae liberti in das Auge gefaßt sind: A. 808; anders im Uebrigen Mommsen, a. O. Dem entsprechend hat im Formularprocesse, wo ad pecüniariam aestimationem condemnatio concepta est (Gai. IV, 48), bei Klagen über alle die vorbezeichneten Rechte die Formel keine condemnatio, sondern ist praeiudicialis.

799) Ulp. 23 ad Ed. (D. IX, 3, 1. § 5), Paul. 34 ad Ed. (D. XIV, 2, 2. § 2).

800) Gai. 6. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7. IX, 1, 3). Anders jedoch die XII Taf.

801) Paul. 19 Ed. (D. XI, 3, 14. § 1).

ches wiederum werden anerkannt einzig und allein die folgenden sechs Objecte:[802])

1. Die res oder ipsa res, als Object des Eigenthumsrechtes,[803]) sowie der in potestate befindliche Freie, insofern derselbe nach seiner pecuniären Capacität Object der dinglichen Zubehörigkeit des Gewalthabers ist;[804])
2. possessio d. i. die Sache als Object des juristischen oder des abgeleiteten Besitzes;[805])
3. ius d. i. ius in re aliena;[806])

---

802) Vgl. Ulp. 59 ad Ed. (D. L, 16, 49): in bonis — nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur; Paul. ad l. Falc. (D. XXXV, 2, 1. § 7): omne quod ex bonis defuncti erogatur — sive in corpore constat certo incertove sive pondere, numero, mensura valeat, aut etiam si ius legatum sit, ut ususfructus aut quod in nominibus est; vgl. Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 2. § 22), Inst. Just. IV, 2, 2. — Ulp. 14 ad Ed. (D. L, 16, 23): rei (Vermögen) appellatione et causae (Rechtsverhältnisse als Quelle von Rechtsansprüchen: Voigt, Cond. ob caus. § 10 unter 5) et iura continentur. — Hermog. 2 Jur. Ep. (D. L, 16, 222): pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli, quam mobiles et tam corpora, quam iura continentur.

803) Voigt, Cond. ob caus. § 47 unter 1. — Justinian. im Cod. IV, 18, 2. § 1: possibile est omnes res in pecuniam converti. Si enim certa domus vel certus ager vel certus homo vel alia res — in constituendis rebus ponatur, quid distat a nomine ipsius pecuniae? Ausgeschlossen bleiben jedoch die res extra commercium, so Ulp. 48 ad Ed. (D. I, 8, 9. § 5): res sacra non recipit aestimationem.

804) So z. B. Jul. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 7. pr.): qua actione (sc. leg. Aquiliae) patrem consecuturum, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus; Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3).

805) Voigt, a. O. unter 2; so z. B. Pomp. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21, 2); Ulp. 72 ad Ed. (D. XLIII, 4, 1. § 5): haec verba: „Quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit" continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei, qui prohibuit, condemnetur; vgl. auch Jav 4 Ep. (D. XLVII, 2, 74).

806) Voigt, a. O. unter 3 und A. 281a; vgl. z. B. Lab. bei Ulp. 17 ad Ed. (D. VIII, 5, 4. § 2): in negatoria actione fructus computantur, quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium; Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 8. § 5).

4. obligatio: das Forderungsrecht, sowie
5. liberatio: die Aufhebung eines Forderungsrechtes;[807]) endlich
6. operae mercenariae oder fabriles d. i. die menschliche Arbeitskraft nach Seiten ihrer psychischen, wie physischen Leistungsfähigkeit, insoweit solche operae „locari solent".[808])

Hieraus daher ergiebt sich, daß dem Ersatze an Geld nicht der Schaden schlechthin unterliegt, sondern lediglich der Vermögensschaden (A. 745), und wiederum nicht der Vermögensschaden schlechthin, sondern lediglich der, sei es unmittelbar, sei es mittelbar, an einem Vermögensobjecte erlittene Vermögensschaden (§ 69) ;oder mit anderen Worten ästimabeler Schaden ist lediglich derjenige Vermögensschaden, welcher in der Einbuße an einem Vermögensobjecte besteht, und dieser Schaden allein auch unterliegt der Schadenersatzpflicht. Und damit gestaltet sich nun der Schadenersatz der richterlichen condemnatio zu derjenigen Geldsumme, welche als Aequivalent für die von Jemandem erlittene nachtheilige Einbuße an einem Vermögensobjecte demselben von einem Anderen zu leisten ist.

Die schädigenden Vorgänge selbst aber, mit denen das Recht die Pflicht zum Schadenersatze verknüpft, zerfallen in zwei verschiedene Gruppen, nämlich

I. rechtmäßige Vorgänge d. h. die Verwirklichung von Thatbeständen, welche die ordnungsmäßigen Entstehungsgründe von Befugnissen und Verbindlichkeiten sind, wie solche innerhalb geschäftlicher Verhältnisse: contractus und quasi contractus obliegen. Und zwar begründen solche Thatbestände die Verbindlichkeit zum Schadenersatze auf doppeltem Wege:
   A. auf Grund besonderer vertragsmäßiger Vereinbarung, und zwar auf Grund
      1. bald eines Nebenvertrages, so eines pactum adiectum, wie nach Pomp. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7 § 15),

---

807) Voigt, a. O. § 48. 49.

808) Voigt, a. O. A. 272. 273. So z. B. Gai 6 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7): quum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes — operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est; 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3); Cels. 6 Dig. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 6, 26. § 12); vgl. A. 1532.

Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1 § 6. 35), 29 ad Sab. (D. L, 17 23), wozu vgl. Schilling, Inst. § 234 p—r. Mommsen, Beitr. I, 273 ff.; oder in der cautio ratam rem haberi, iudicio sisti, stipulatio duplae vel simplae, beim foenus nauticum;

2. bald eines Hauptvertrages, wie bei cautio damni infecti, wobei der Ersatz des damnum im Allgemeinen und zwar des quanti interest (§ 142 unter III b) für den Fall übernommen wird, daß ein gewisses detrimentum im Besonderen, quod ex ipsa re oritur (A. 757 b) eintreten sollte: Procul. bei Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 26), Ulp. cit. (D. cit. 24 § 3).

B. auf Grund der natura negotii: der unmittelbar durch das Recht gegebenen Bestimmung des Bestandes und Gehaltes von Befugnissen und Verbindlichkeiten der Interessenten, wie solcher für das Stadium der Unverletztheit der Obligation maaßgebend ist (§ 89).

II. Rechtswidrige Vorgänge oder Rechtsverletzungen: Handlungen, zu denen einestheils der Handelnde kein Recht hatte und die somit eine iniuria im objectiven Sinne enthalten,[809]) und bei denen anderseits den Handelnden eine culpa: Dolus oder Culpa trifft (A. 757 a). Und zwar classificiren sich diese Rechtsverletzungen je nach der Grundlage des verletzten Rechtes als

A. Verletzung der durch contractus oder quasi contractus begründeten principalen Verbindlichkeit; und hierunter subsumiren sich folgende Fälle der Rechtsverletzung:

1. mora solvendi und accipiendi, somit Rechtsverletzung nach der Kategorie der Zeit;

---

809) Lex col. Jul. Genet. v. 710 c. 100: quot sine privat[i] iniuria fiat; Paul. 64 ad Ed. (D. L, 17, 151): nemo damnum (sc. quod praestandum est) facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet; Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 24. § 3): damnum, quod iniuria fit; vgl. Schilling, Inst. § 233 c. Andrerseits Gai. 2 de Test. (D. L, 17, 55): nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur. Vgl. § 68. — Beispiele bieten Pomp. 33 ad Sab. (D. VIII, 2, 27. pr.), Sever. im C. Just. VIII, 14, 3. und bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 29. § 1).

2. Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte, somit Rechtsverletzung nach der Kategorie des Raumes;
3. Beeinträchtigung der obliegenden Leistung nach ihrem öconomischen Gehalte, somit Rechtsverletzung nach der Kategorie von Existenz oder von Qualität oder Quantität oder Individualität der geschuldeten Leistung.[810])

B. Verletzung der ipso iure obliegenden Rechtspflichten, und zwar
1. durch Delict oder Quasidelict;
2. durch noxales Delict oder Quasidelict des dem Gegenpart Gewaltuntergebenen mit Einschluß der pauperies;
3. durch delictartiges Verhalten in Bezug auf die Willensbestimmung des Mitpaciscenten; und zwar
   a. dolus malus (Arglist);
   b. vis;
   c. reticentia bei Abschluß entgeltlicher Verträge;
   d. Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae bei Abschluß entgeltlicher Veräußerungsverträge

810) Ein entsprechender technischer Ausdruck, wie solcher in mora geboten ist, ist für Fälle unter 2 und 3 von der römischen Jurisprudenz nicht geschaffen worden, vielmehr wird ad 3 dafür verwendet theils die allgemeinere Umschreibung per aliquem stetit oder factum est, quominus solvat oder dergleichen (§ 80), theils der Ausdruck diligentiam, custodiam praestare, theils endlich der Ausdruck dolum, culpam praestare (A. 792). Die letztere Ausdrucksweise darf aber nicht zu der Annahme verführen, als ob dolus und culpa hier eine andere juristische Stellung einnehmen, als in den Fällen unter 1 und 2, wie unter B: vielmehr ist ebensowohl in den letzteren Fällen zur Rechtsverletzung neben dem objectiven Thatbestande noch ein subjectiver Thatbestand von Dolus oder Culpa erfordert, wie in dem obigen Falle neben dolus oder culpa auch noch ein objectiver Thatbestand zur Rechtsverletzung erfordert wird. Daher ist es fehlerhaft, wenn unsere Wissenschaft, so z. B. Schilling, Inst. § 233, Arndts, Pand. § 250 fg. die Arterscheinungen der Rechtsverletzung in die Begriffsreihe zusammenfaßt von dolus, culpa und mora: denn weder ist diese Reihe erschöpfend, noch ist sie correct, weil sie jene beiden rein subjectiven Thatbestände mit dem zugleich subjectiven, wie objectiven Thatbestand der mora in die Reihe einstellt, endlich aber auch jene Artbezeichnung „dolus und culpa“ terminologisch tadelnswerth ist.

oder auch Veräußerung eines der Eviction unterliegenden Rechtsobjectes;

e. Verschweigung des eine gewiße Proportion übersteigenden Minderwerthes des Kaufobjectes (sogen. laesio enormis);

f. Benutzung des error in der Willensbestimmung des Mitinteressenten;

4. durch einfache d. h. nicht delictisch qualificirte Widerrechtlichkeit, und zwar

a. durch frustratio restituendi bei Verpflichtung zur dinglichen Restitution der res aliena, entsprechend der mora unter A 1;

b. durch Vereitelung der dinglichen Restitution am legalen Leistungsorte, parallel A 2;

c. durch Vereitelung oder Beeinträchtigung der dinglichen Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte, entsprechend A 3.

Die Verpflichtung zum Schadenersatze fällt jedoch in der Classe unter II hinweg:

a. wegen Nothstandes und zwar dafern in den Fällen unter II B der Schädiger durch Nothstand zur Begehung der iniuria getrieben wurde,[811]) während in den Fällen unter II A bei zweiseitigen Obligationen der Nothstand wenigstens eine Modification der Verbindlichkeit zum Schadenersatze herbeiführt;[811a])

b. wegen compensatio culpae, sei dies Compensation der Dolus

---

811) Serv. bei Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 7. § 4), Lab. und Proc. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 29. § 3), Cels. bei Ulp. 9 Disp. (D. IX, 2, 49. § 1) und 56 ad Ed. (D. XLVII, 9, 3. § 7), Ulp. 56 ad Ed. cit., 41 ad Sab. (D. XIX, 5, 14. pr.); vgl. A. 757b.

811a) So Carac. im C. Just. IV, 65, 3: aede, quam te conductam habere dicis, — invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit aut corrigere domum maluerit; Serv. bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.), Alfen. 3 Dig. a Paul. epit. (D. XIX, 2, 30. pr.). — Nicht hierher gehört die a. conducti aus der lex Rhodia de iactu, welche nicht auf Schadenersatz, sondern auf Vertheilung einer communio detrimenti incidens: auf Repartition eines als gemeinsamen gesetzten Verlustes geht: § 80 unter A 2d.

mit Dolus, oder der Culpa mit Dolus oder Culpa, nicht aber des Dolus mit Culpa.[812])

In allen jenen Fällen hat aber die Verbindlichkeit zum Schadenersatze, die Jemandem auferlegt ist, einen verschiedenen Effect für den Ersatz-Berechtigten, insofern dessen Schadenersatz-Anspruch je nach der Verschiedenheit des Falles:

aa. eine Obligation neu begründet: im Falle unter I A, II B 1—3;

bb. an Stelle einer begründeten anderen Obligation tritt, so die actio quanti minoris oder redhibitoria wegen Nichterfüllung des die Abwesenheit von morbi vitiave zusichernden dictum promissum;

cc. eine bestehende andere Obligation modificirt: im Falle unter I B;

dd. zu einer bestehenden anderen Obligation oder zu einem dinglichen Rechtsanspruche als Nebenanspruch hinzutritt, so in ersterer Beziehung im Falle unter II A, in letzterer Beziehung im Falle unter II B 4.

§ 74.

Die Quantificirung des Schadenersatzes.

An sich unabhängig von dem zwiefältigen Maaßstabe der Bemessung, wie Würderung des Schadens je nach Werth und

---

812) Im Allgemeinen: Pap. 11 Quaest. (D. XXIV, 3, 39). Compensatio doli mali (Arglist) als Sondervorkommniß der Compensation von Dolus: Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 13), Jul. 2 Dig. (D. II, 10, 3. § 3), Paul. 5 ad Plaut (D. XVIII, 1, 57. § 3), Marcian. 2 Reg. (D. IV, 3, 36) und so namentlich auch bei socii delicti: Jul. 3 Dig. (D. III, 5, 30), Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 14), sowie in dem Rechtssatze, daß wider die exc. doli keine replicatio doli gegeben wird, wie durch compensatio doli jene exc. ipso iure unwirksam wird: Lab. und Marcell. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 13), Ulp. 70 ad Ed. (D. L, 17, 154). Compensatio culpae, z. B. Alfen. 2 Dig. (D. IX, 2, 52. pr.), Ulp. 63 ad Ed. (D. XVI, 2, 10. pr.) u. a. m. Vgl. § 82 unter I B 1 a; Pernice, Sachbeschädigung 58 fg. Demelius im Jahrb. f. Dogmat. V, 2. Bei der mora tritt jedoch eine Modification ein nach dem Principe: posterior mora nocet: Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 7, 17), Ulp. 37 ad Ed. (D. XXIV, 3, 27), oder: creditori sua mora nocet: Lab. 5 Post. (D. XIX, 2, 51. pr.) und bei Pomp. cit.

Preis (§ 71. 72) ist der Modus der Quantificirung des Schadenersatzes, somit der Fixirung des Geldäquivalentes für die nachtheilige Einbuße an einem Vermögensobjecte. Vielmehr wird das Quantum des Schadenersatzes in dem röm. Rechte ebensowohl bestimmt durch Verweisung auf das Facit einer Würderung des erlittenen Schadens, somit derjenigen Berechnung, durch welche der am Vermögensobjecte erlittene Vermögensschaden auf Geld reducirt wird (§ 72), als aber auch durch eine andere Modalität einer Summen-Bestimmung. Hiernach ergiebt sich daher ein mehrfältiger Maaßstab der Quantificirung des Schadenersatzes, und zwar

A. ein abstracter Maaßstab, bei dem die Ersatzsumme nicht nach dem Betrage der in concreto von dem Geschädigten erlittenen Einbuße, sondern nach einem hiervon unabhängigen Factor sich bestimmt, so daß demnach in concreto lediglich der Beweis der beschehenen Rechtsverletzung, weder aber der erlittenen Schädigung, noch auch die Eruirung des Betrages des erlittenen Schadens und dessen Aestimation erforderlich sind. Und hier nun ist der Maßstab wiederum ein zwiefältiger, nämlich
   1. ein absoluter Maaßstab, wobei die ziffermäßige Bestimmung der Ersatzsumme durch das Gesetz unmittelbar gegeben und somit auch unabhängig ist von den Preis- oder Werthverhältnissen des Vermögensobjectes selbst, an welchem die Einbuße erlitten ward. Und dies nun ist dann der Fall, wenn das Recht selbst die Ersatz-Summe in Cardinalzahl fixirt, wie z. B. bei der a. de arboribus succisis der XII Taf., wo für jeden Baum eine Ersatzsumme von 25 Assen ausgeworfen war;[813])
   2. ein relativer Maaßstab, wobei die ziffermäßige Bestimmung der Ersatzsumme nur mittelbar durch das Gesetz gegeben ist, durch Verweisung nämlich auf den Preis des Vermögensobjectes, an welchem die Einbuße erlitten ist. Und dies beschieht in der Weise, daß entweder das

813) Plin. H. N. XVII, 1, 7. Dies ist reiner Schadenersatz: als poena trat daneben noch Körperstrafe: Gai. 1 ad XII tab. (D. XLVII, 7, 2), Paul. Sent. rec. V, 20, 6.

pretium rei ohne Weiteres und schlechthin als Ersatzsumme gesetzt wird: in der Bestimmung des Schadenersatzes als quanti res est oder erit oder fuerit. oder aber daß das pretium rei als die Einheit gesetzt wird, deren Procentsatz die Ersatzsumme ergiebt, wobei dann dieser Procentsatz wiederum bald in Proportionalzahl, bald in Divisionszahl fixirt ist. Und zwar ist in dem letzteren Falle der Procentsatz eine Quote des quanti res est, so z. B. bei den usurae officio iudicis applicatae und insbesondere bei den usurae ex mora, dagegen in dem ersteren Falle ein multiplex des quanti res est, so das duplum bei dedicatio rei litigiosae in sacrum;

B. ein concreter Maaßstab, bei dem die Ersatzsumme in dem Betrage der in concreto von dem Geschädigten erlittenen Einbuße gegeben ist, somit im einzelnen Falle nicht allein der Beweis der erlittenen Schädigung, sondern auch die Eruirung des Betrages des erlittenen Schadens und dessen Aestimation erforderlich sind. Und dieser Maaßstab greift wiederum Platz
   1. beim quanto minoris res est oder fuerit, wo die erlittene Einbuße an dem pretium rei die Ersatzsumme ergiebt; wie
   2. beim quanti interest oder intererit oder interfuerit, wo die erlittene Einbuße an der veritas rei oder utilitas die Ersatzsumme bietet, und zwar bald als die Ersatzsumme selbst, bald aber auch als deren Einheit, wie bei dem duplum der a. adversus eum, qui testamento liber esse iussus surripuisse aut corripuisse quid dicitur (§ 71 unter B II bb.).

Was nun insbesondere das pretium rei bei Quantificirung des Schadenersatzes betrifft, so ergiebt dasselbe bei der Quote, beim multiplex und beim quanto minoris est die Einheit für die Summe des Schadenersatzes, bei dem quanti res est dagegen diese Ersatz-Summe selbst. Im Besonderen aber wird das pretium namentlich in der zwiefältigen Modalität, wie solche aus § 71 unter B I sich ergiebt, als Maaßstab des Schadenersatzes von dem Rechte hingestellt, theils nämlich als quanti res est, wobei die Summe des Schadenersatzes gegeben ist in dem gesammten und vollen pretium des betreffenden Vermögensobjectes, theils auch als das quanti

oder quanto minoris res est, wobei die Summe des Schadenersatzes gegeben ist in der Differenz zwischen dem Preise des betreffenden Vermögensobjectes vor und nach Eintritt des schädigenden Vorganges, was allerdings dann, wenn diese Differenz zum Betrage des gesammten Preises ansteigt, practisch dem quanti res est gleichkommt.[814]) Demgemäß aber waltet zwischen beiden Modalitäten der Quantificirung des Schadenersatzes der wichtige Unterschied ob, daß lediglich bei dem quanto minoris est die Summe des Schadenersatzes das Product eines Rechenexempels ist, bei welchem das pretium vor Eintritt des schädigenden Vorganges den Minuendus, das pretium nach Eintritt dieses Vorganges den Subtrahendus, und die Differenz nun die Ersatz-Summe ergiebt; wogegen bei dem quanti res est die aestimatio rei: die Würderung des Vermögensobjectes nach seinem Marktpreise unmittelbar und ohne weiteres Rechenexempel zugleich auch die Quantificirung des Schadenersatzes darbietet. Oder mit anderen Worten, im ersteren Falle wird als Schadenersatz gewährt die Einbuße am Marktpreise des betreffenden Vermögensobjectes, welche der Geschädigte erlitt, im letzteren Falle dagegen der Marktpreis selbst.

Gleichmäßig aber bei allen Schadenersatz-Bestimmungen unter A 2 und B 1, denen das pretium rei zu Grunde liegt und so namentlich auch bei dem quanti res est, wie dem quanto minoris est ist es dieses pretium allein, welches den die Ersatz-Summe bestimmenden Factor ergiebt, so daß alle weiteren, darüber hinaus liegenden Momente, wie namentlich der indirecte Schaden oder das Affectionsinteresse oder der entgangene Gewinn ohne alle Relevanz verbleiben (§ 71 a. E. 72), nicht minder aber auch die späteren Folgen des Schadens nicht über den Zeitpunkt hinaus in Ansatz kommen können, auf welchen die aestimatio rei sich fixirt. Dahingegen umfaßt auch bei dem pretium rei der Begriff

814) So z. B. die bon. fid. a. wegen reticentia des sciens richtet sich nicht auf quanti res est, sondern nur auf quanto minoris est: A. 1041. Wird jedoch durch die verschwiegenen Fehler das Object der Veräußerung ganz werthlos, so erstreckt sich das quanto minus auf das volle pretium rei oder in dessen Stellvertretung auf Prästation einer anderen gleichartigen fehlerfreien res: Lab bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 4); vgl. Voigt im Arch. f. Civ. Pr. LIV, 223.

res nicht lediglich die res principalis, sondern auch deren omnis causa (A. 778), da die letztere zu der ersteren in das Verhältniß eines äußeren Anhanges, einer accessio von dem Rechte gestellt ist, somit aber juristischer Theil eines durch das Recht gesetzten Ganzen ist; und ebenso unterfällt dem pretium rei nicht bloß die res singularis, sondern auch die sogen. universitas facti (vgl. jedoch A. 779).

Was dagegen das quanti interest bei Quantificirung des Schadenersatzes nach dem Maaßstabe unter B 2 betrifft, so dient hier die utilitas des Geschädigten als Rechnungsfactor für Bestimmung der Summe des Schadenersatzes, wobei wiederum jener Factor bald die Einheit für die Ersatzsumme, bald aber auch unmittelbar diese Ersatzsumme ergiebt. Beidemal aber ist die Summe des Schadenersatzes oder deren Einheit gegeben einzig und allein in der Einbuße des Geschädigten an dem Werthe des Vermögensobjectes oder in dessen Einbuße an solchem Objecte nach dem Maaßstabe seiner dabei engagirten pecuniären Interessen, nicht aber in dem Werthe selbst des Vermögensobjectes. Das Interesse daher: die utilitas, oder der Werth des Gutes, insofern dasselbe bei dem quanti interest den Factor für die Quantificirung der Ersatzsumme ergiebt, kommt demnach niemals, entsprechend wie beim quanti res est, als Interesse und Werth an sich oder als voller Gesammtbetrag von Beiden schlechthin in Ansatz, sondern vielmehr lediglich als Differenz nach Maaßgabe des Interesse oder als Werthdifferenz. Und demgemäß besteht die Quantificirung des quanti interest niemals in der Ermittelung des Betrages allein vom Werthe des lädirten Objectes oder von der Benachtheiligung des hierbei engagirten Interesses, als vielmehr stets in der Ermittelung der Differenz, welche zwischen dem Werthe des Gutes vor Eintritt des schädigenden Vorganges, — als dem Minuendus, — und nach Eintritt solchen Vorganges, — als dem Subtrahendus, — obwaltet, wobei nun die Differenz allerdings auch dem Betrage des gesammten Werthes vor Eintritt des schädigenden Vorganges gleichkommen kann.[815])

Und auf diesem Sachverhalte beruht nun auch die in § 71

815) So z. B. die bon. fid. a. wegen reticentia des sciens richtet sich auf quanti interest: § 87 unter III. Ist nun der verschwiegene Fehler der Art, daß er das Interesse des Abkäufers an dem Kaufobjecte ganz aufhebt,

festgestellte Terminologie: während bei dem quanti res est für die Ersatzpflicht der Schaden sich bemißt als Preis schlechthin: als quantitas pretii oder quantitas schlechthin, so bemißt sich bei dem quanti interest der Schaden nicht als Werth schlechthin, sondern lediglich als Wirklichkeit (A. 765): veritas d. h. als Betrag der in Wirklichkeit eingetretenen Werths-Differenz oder Schädigung.

Bei dem id quod interest kommen nun für die Quantificirung des Schadenersatzes in Anschlag nicht bloß die gegenwärtigen, sondern auch die zukünftigen Folgen des schädigenden Vorganges und zwar die Letzteren nicht bloß bis zu dem Zeitpunkte herab, wo die aestimatio damni erfolgt, sondern auch noch über diesen Zeitpunkt hinaus;[816]) und nicht minder auch der indirecte Schaden. Allein theils bezüglich des Letzteren, theils bezüglich des auf dem sogen. Affectionsinteresse beruhenden Vermögensschadens, theils aber auch bezüglich dieser Modalität der Quantificirung des Schadens im Allgemeinen stellt das röm. Recht gewisse Beschränkungen der Ersatzfähigkeit der an dem Werthe erlittenen Einbuße auf. Während nämlich

a. das quanti interest an und für sich durch das sogen. Affectionsinteresse insoweit beeinflußt wird, als das Letztere für die pecuniäre Werthschätzung eines Gutes Seitens seines Inhabers mit maaßgebend ist (bei A. 785), so schließt nun das röm. Recht den Werth des Vermögensobjectes, insoweit derselbe so durch das Affectionsinteresse des Geschädigten bestimmt wird, bei der Quantificirung des Schadenersatzes von dem Rechnungs-Ansatze aus: nur derjenige Werth solchen Objectes wird in Ansatz gebracht, welcher auf dessen Dienstbarkeit für die pecuniären Interessen an sich, nicht auch für die anderweiten Interessen seines Inhabers beruht, oder, was dasselbe besagt, die pecuniäre Nutzfähigkeit allein des Vermögensobjectes bestimmt die Ersatzsumme:[817])

---

so gewinnt die a. emti gleiche Richtung, wie die a. redhibitoria: Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 5); vgl. Voigt a. O. 222.

816) Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 24. § 4): colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget.

817) Dieser Rechtssatz ist dictirt durch das Streben, dem Einflusse der Subjectivität bei Bemessung des Schadens (§ 72) gewisse Schranken zu

Ulp. 44 ad Ed. (D. XXXVIII, 5, 1. § 15): si dicat patronus rem quidem iusto pretio veniisse, verumtamen hoc interesse sua non esse venundatam inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, in quam habet patronus affectionem vel opportunitatis vel vicinitatis vel coeli vel quod illic educatus sit vel parentes sepulti, an debeat audiri volens revocare (sc. actione vel Fabiana vel Calvisiana)? Sed nullo pacto erit audiendus: fraus enim in damno accipitur pecuniario;[818]) 55 ad Ed. (D. VII, 7, 6. § 2): quum de servi operis — agitur, — voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit;

Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33 pr.): si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit. quem tu magno emtum velles; 2 ad l. Jul. et Pap. (D, XXXV, 2, 63. pr.): non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur.

b. bei Klagen auf Schadenersatz, bei denen das in dem Schaden-Nexus stehende Vermögensobject baar Geld als res fungibilis ist, kann insofern, als eine Einbuße an solchem in Frage steht, ein Schadenersatz um deßwillen gar nicht Platz greifen, weil der Ersatz nicht als ein Geldäquivalent, somit nicht als Schadenersatz (A. 820), sondern lediglich als Leistung eines tantundem[819]) gewährt wird. Insoweit jedoch, als ein in-

---

setzen. Daher ist derselbe durchaus nicht zu verallgemeinern: insoweit das Interesse als Requisit der Zuständigkeit eines Rechtsmittels erfordert wird, genügt das durch das Affectionsinteresse begründete pecuniäre Interesse: A. 1747.

818) Fraus hat im Thatbestande der fraglichen beiden Klagen nicht die Bedeutung von Hinterlist oder Betrug, sondern von Nachtheil: Voigt, Bedeutungswechsel 2c. 114. Daher ist die obige Sentenz dahin aufzufassen: es wird für den dem Schaden integrirenden Nachtheil erfordert, daß er in einem damnum pecuniarium: in einer Einbuße besteht, welche eine Benachtheiligung der pecuniären, nicht aber andersartiger Interessen enthält. Die obige Stelle beweist gerade das Gegentheil von Dem, wofür sie von Cohnfeldt Interss. 92 unter b angezogen wird: denn oportunitas, vicinitas, coelum sind doch „pecuniärer Natur, insofern sie dem Grundstücke einen höhern Werth oder sonstige materielle Vortheile gewähren“ und trotzdem kommen sie nicht in Anschlag.

819) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 269.

directer Schaden durch Einbuße an baar Geld vermittelt wird, greift auch bei Klagen, welchen die Richtung auf das quanti interest in der condemnatio gegeben oder von der Rechtstheorie beigemessen wird, nicht der concrete Maaßstab der Quantificirung des Schadenersatzes, sondern der abstracte Maaßstab unter A 2 Platz: die nach Procenten fixirten usurae officio iudicis applicatae ergeben hier den alleinigen Schadenersatz:[820])

Hermog. 2 Jur. epist. (D. XVIII, 6, 19): venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quaerere potuit; vgl. Lab. bei Pomp. 13 ad Sab. (D. XVII, 2, 60. pr.), Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1), Paul. 6 Resp. (D. XIX, 1, 47).

Von diesem Gesetze bildet die alleinige Ausnahme die honorarische a. de eo quod certo loco:

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8) unter Berufung auf Lab. und Jul.: utilitas quoque actoris veniet. Quid enim, si traiectitiam pecuniam dederit Ephesi accepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua, vel fisco aliquid debebatur et res praedis (Trib: stipulatoris) vilissimo distracta est, in hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare, an et lucri ratio habeatur, non solius damni? (s. A. 741). Puto et lucri habendam rationem.[821])

c. Bei dem indirecten Schaden anderer Beschaffenheit wird zwar die Ersatzsumme nach dem concreten Maaßstabe des quanti interest bemessen, allein die Ersatzpflichtigkeit selbst

820) Anderer Ansicht Mommsen a. O. 295 und Vangerow, Pand. § 571 A. 3 unter 2. Vgl. A. 821.

821) Dagegen gehören nicht hierher Pap. 27 Quaest. (D. XLV, 1, 118. § 2), wo das Interesse nicht als Maaßstab des Schadenersatzes, sondern als Requisit des Klagrechtes (A. 817) in Frage steht; sowie

solchen Schadens unterliegt gewissen Beschränkungen.[822]) Und zwar

I. eine unbedingte Ersatzpflichtigkeit desselben greift auch bei Klagen auf quanti interest Platz lediglich

A. bei Verletzung ipso iure obliegender Rechtspflichten (§ 73 unter II B) und selbst diesfalls lediglich in den Fällen

1. des Delictes oder Quasidelictes des Schädigers oder seines Gewaltuntergebenen, somit der reipersecutorischen oder mixta a. ex delicto oder quasi ex delicto, sei solche directa oder noxalis.[823]) Beispiele hierfür bieten:

a. legis Aquiliae: Lab. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. § 4): § 69 unter B 2; Jul. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. § 2): § 69 unter B 3; Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 7. pr. 27. § 17. Collat. II, 4, 1): § 69 unter A 8; 22 ad

---

Ulp. 30 ad Ed. (D. XII, 3, 3): numis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit, quum certa sit numorum aestimatio, nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit, numos sibi sua die redditos esse; quid enim, si sub poena pecuniam debuit aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est, d. h. bei a. depositi wegen baar Geld ist die Quantificirung der Ersatzsumme vom Richter nicht durch iusiur. in litem dem Kläger zu überlassen, sondern selbst vorzunehmen, weil Geld gar nicht einer aestimatio damni unterliegt; nur dann, wenn der Kläger einen indirecten Schaden (§ 69 unter A 1. 2) geltend macht, ist ihm als Beweismittel desselben das iusiur. in litem nachzulassen. Wie und wie hoch jedoch im letzteren Falle der indicirte Schaden quantificirt wird, ist von Ulp. nicht besagt, wohl aber wissen wir durch andere Zeugnisse, daß solchen Falles die usurae ex mora den Ersatz des indirecten Schadens ergeben: § 86 unter A 2 a. Indem nun Mommsen a. O. 294 fg. beide Stellen nicht richtig würdigt, so schafft er gegenüber A. 820 künstlich Schwierigkeiten und Widersprüche, welche die Quellen gar nicht kennen. — Die Rechtsordnung des edictum de eo quod certo loco ist in mehrfacher Beziehung singulär: s. unter I B und erklärt sich so nur historisch: § 119.

822) Andere Lehrmeinungen s. bei Mommsen, a. O. § 24. Vangerow, Pand. § 571 A. 3 unter 2. Arndts, Pand. § 206 A. 4. Die Vermischung des Schadens an der sog. universitas facti und an der causa rei (§ 69) mit dem indirecten Schaden und die irrige Bestimmung des Letzteren selbst (A. 754) sind die Quelle der bedenklichsten Irrthümer in dieser Lehre gewesen.

823) Ebenso aber auch bei a. poenalis, so furti: Cels. 12 Dig. (D. XLVII, 2, 67. § 1): § 69 unter A 1; vgl. § 142 unter IV c.

Ed. (D. IX, 2, 22. pr.): § 69 unter A 1; Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33 pr.);

a. servi corrupti: Paul. 29 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 7): § 69 unter A 5;

a. adversus eum, qui prohibuerit hominem mortuum inferre: Gai. 19 ad Ed. prov. (D. XI, 7, 9): § 69 unter A 8;

a. de effusis et deiectis: Gai. 6 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7): § 69 unter A 8. B 4;

interd. unde vi: Vivian. bei Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 41); Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. cit. 16);

a. de pauperie: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3): § 69 unter A 8. B 4.

2. in gewissen Fällen des delictartigen Verhaltens, welches durch Klage auf id quod interest reprimirt wird, nämlich

aa. des dolus malus (Arglist), angewendet zur Beeinflussung der Willensbestimmung des Mitpaciscenten bei Rechtsgeschäften unter Lebenden, somit bei a. de dolo, wie bon. fid. a.; [824])

bb. der wissentlichen reticentia, somit bei bon. fid. a.: Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr. s. § 69 unter A 4) und bei Marcian. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45), Ulp. cit. (D. XIX, 1, 13. § 1. 2. s. § 69 unter A 6), Paul. sent. rec. II, 17, 11; Carac. im C. Just. IV, 58, 1;

cc. der conditio furtiva nach Analogie von A. 823.

B. Bei Solution an einem anderen, als dem legalen Leistungsorte und mora solvendi, dafern ein bestimmter Leistungsort durch strict. iur. negotium gesetzt ist, somit bei a. de eo quod certo loco: Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8): § 69 unter A 1. 2. B 1; vgl. A. 821.

II. Dagegen greift eine nur bedingte Ersatzpflicht des indirecten Schadens bei den Klagen auf id quod interest in allen übrigen Fällen der Rechtsverletzung Platz: der indirecte

824) Dies ergiebt sich daraus, daß die reipersecutorische a. de dolo im Allgemeinen den Gesetzen der a. poenalis folgt: A. 899, die bon fid. a. aber in obiger Beziehung wiederum die Function der a. de dolo versieht: § 87 unter II. Dagegen die a. quod met. c. geht auf quanti res est: § 124 unter I o.

Schaden wird zwar dann ersetzt, wenn er als Wirkung durch den direct schädigenden Vorgang allein bestimmt wird, somit der letztere die alleinige Ursache des ersteren ist, so bei

Lab. 5 Post. (D. XIX, 2, 60. § 7): servum meum mulionem conduxisti; negligentia eius mulus tuus periit; — — non ultra me tibi praestiturum, quam dolum malum et culpam meam abesse;

Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 4): si vas mihi vendideris ita, ut affirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi;

Scaev. 17 Dig. (D. XXXII, 1, 35. pr. s. § 69 unter B 5); Pap. 9 Resp. (D. XXXI, 1, 78. § 2); Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3. s. § 69 unter A 8. B 1); Paul. 2 Resp. (D. XIX, 1, 47);[825])

Dagegen wird der indirecte Schaden dann nicht ersetzt, wenn er als Wirkung nicht durch den direct schädigenden Vorgang allein bestimmt wird, somit also der letztere nicht die alleinige Ursache des ersteren ist, vielmehr jener erstere dadurch herbeigeführt ward, daß noch andere Vorgänge mit dem direct schädigenden Ereignisse zusammentrafen und ursächlich bestimmend mitwirkten:

Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 3): quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem constitit. Neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur.[826])

Endlich unterliegt die Ersatzsumme des Schadens im Allgemeinen nach dem Maaßstabe des quanti interest noch den drei weiteren Beschränkungen,

d. daß, dafern auf die lädirte Sache eine so bedeutende Geld=

---

825) Darüber, daß hier indirecter Schaden in Frage steht, vgl. A. 1009.

826) Eine unangemessene Behandlung erfährt diese Stelle von Mommsen, a. O. 289 fg., wodurch der Inhalt derselben geradezu verkehrt wird. Eine Analogie bietet noch Paul. 16 Resp. (D. XXII, 1, 15). Vgl. auch Ulp. 3 Opin. (D. L, 8, 2. § 5).

summe verwendet worden ist, daß solche das Maaß des im bürgerlichen Leben dafür Gebräuchlichen überschreitet und als übermäßiger Luxus sich darstellt, der Schädiger nur denjenigen Werth zu vergüten hat, welcher der nach dem Maaßstabe des im bürgerlichen Leben Gebräuchlichen ausgestatteten Sache entspricht: Proc. 2 Epist. (D. VIII, 2, 13. § 1), Ulp. 43 ad Sab. (Dig. XXXIX, 2, 40. pr.), Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 1, 43); vgl. Mommsen a. O. 233; nicht minder

e. daß nach Maaßgabe von Justinian. im Cod. VII, 47, 1: in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam — hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere, insoweit, als die Leistung einer anderen certa res, als baares Geld, in Frage steht [827]) (casus, qui certam habent quantitatem vel naturam), die Ersatzsumme des durch rechtswidriges Verhalten des Schuldners herbeigeführten Schadens das duplum quantitatis d. i. das Alterum Tantum des Marktpreises (s. § 71) vom Objecte solcher Leistung, sei es Kaufpreis, sei es Mieth- oder Pachtgeld oder dergleichen nicht übersteigen solle, [828]) eine Bestimmung, welche lediglich eine Verallgemeinerung eines bezüglich der a. emti als Evictionsklage bereits früher gültigen Rechtssatzes enthält, [829]) und dessen Pendant die von Justinian ausgesprochene Beschränkung hinsichtlich der Zinsenzahlungspflicht ist; [830]) endlich

f. daß als quanti interest nur der Netto-, nicht der Brutto-Betrag der Differenz vom Werthe des Gutes gilt, so daß die Summe des Erwerbes, welchen der Geschädigte an demjenigen Vermögensobjecte machte, an dem er die Einbuße erlitt, oder die Summe des Erwerbes, welchen der Geschädigte innerhalb desjenigen Rechtsverhältnisses an dem einen Gute machte, innerhalb dessen er an dem anderen Gute eine Einbuße erlitt, [831]) von der Summe solcher Einbuße subtrahirt wird

---

827) Vgl. Keller, Lit. Cont. 514 A. 4. Schilling, Inst. § 227 g.

828) Vgl. über jene Constitution Vangerow, Pand. § 571 A. 4. Windscheid, Pand. § 258 A. 9. Arndts, Pand. § 206 A. 6. Mommsen, a. O. 235 fg. Cohnfeldt, a. O. 39 fg. 205 fg.

829) Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 44), Jul. nach Paul. 5 Quaest. (D. cit. 45. pr.), Paul. cit. (D. cit. 43) und dazu Schilling, Inst. § 296 t.

830) Vgl. Schilling, a. O. § 245 e. f.

831) Eine Beschränkung dieses Satzes ergiebt sich bei Contracten daraus,

und die so gewonnene Werth-Differenz allein die Ersatz-Summe ergiebt:[832])

Proc. bei Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. III, 5, 11): quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, — pensare lucrum cum damnum debet;

Paul. 2 Quaest. (D. XIX, 1, 42): lucrum cum damno compensari,[833])

ein Rechtssatz, auf den jedoch nicht die Ordnung rücksichtlich der Impensen sich stützt, daß der Schadenersatzpflichtige diejenigen impensae necessariae, die er auf das Vermögensobject verwendete, an welchem der Geschädigte die Einbuße erlitt, von der zu leistenden Ersatzsumme in Abzug zu bringen befugt ist,[834]) da solche Ordnung auf einen viel allgemeineren Grundsatz zurückgeht.[835])

---

daß insoweit, als der Erwerb des Geschädigten durch eine Handlung des Schädigers vermittelt wird, worin lediglich die Erfüllung einer Contractspflicht enthalten ist, jener Erwerb von dem vom Letzteren verursachten Schaden nicht in Abzug gebracht wird; so bei der Societät: Marcell. 6 Dig. bei Ulp. 30 ad Sab. (D. XVII, 2, 23. § 1) und bei demselben 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 26), Paul. 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 25); beim Kauf: Afric. 8 Quaest. (D. XXI, 2, 47). Gleiches gilt daher auch beim Mandat und anderen Contracten, nicht aber bei Quasicontracten.

832) Vgl. Mommsen, a. O. 192 fg. Nur eine besondere Anwendung davon bietet der Rechtssatz, daß, dafern durch einen schädigenden Vorgang ebenso eine Contracts- oder Quasicontractsklage, wie eine andere Klage wider einen Dritten begründet werden, der Contracts- oder Quasicontractsschuldner, welcher dem Gläubiger Schadenersatz leistet, vom Letzteren die Cession jener anderen Klage beanspruchen darf: Lab. 5 Post. (D. XIX, 2, 60. § 2), Marcell. 4 Dig. (D. XLII, 1, 12), Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 2, 25. § 8), Paul. 39 ad Ed. (D. XLVII, 2, 53. § 3), Justinian. im Cod. VI, 2, 22. § 1. 2. vgl. Mommsen, Erörter. I, 89 fg. Und eine parallele Ordnung kehrt auch bei der vindicatio wieder: § 84 unter D II a.

833) Eine übereinstimmende Sentenz, obwohl nicht in Bezug auf den Schadenersatz, bietet Serv. Not. ad Qu. Muc. bei Paul. 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 30): neque lucrum intellegitur nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto; sowie Pomp. bei Ulp. 30 ad Sab. (D. XVII, 2, 23. § 1): compensari cum damno, quod culpa praebuit.

834) Vgl. Sell in Sell's Jahrb. III, 272 fg.

835) Denn die Pflicht zur Erstattung solcher impensae greift auch da Platz, wo eine Schädigung des anderen Theiles nicht nebenher geht: § 75 unter II A 1.

Aus alle dem ergiebt sich aber, was insbesondere den processualischen Schädenbeweis innerhalb der Contracts-, Quasicontracts-, wie dinglichen Rechts-Verhältnisse anbetrifft, daß im Falle der Schädigung durch Rechtsverletzung (§ 73 unter II) der Kläger allerdings durchgehends den Beweis zu führen hat des Eintrittes der iniuria oder des rechtswidrigen Thatbestandes, als des zum Schadenersatze verpflichtenden Vorganges; daß dagegen für den Causalzusammenhang jener iniuria mit der erlittenen Vermögensschädigung, der Thatsache somit, daß der rechtswidrige Thatbestand in Wirklichkeit als die Veranlassung die eingetretene Schädigung als den Erfolg herbeigeführt hat, ein Beweis überhaupt gar nicht erfordert wird,[836]) und daß endlich der Beweis der wirklich eingetretenen Schädigung, wie des ziffermäßigen Betrages derselben im Falle eines absoluten Maaßstabes der Quantificirung des Schadenersatzes (unter A 1) weder dem Kläger obliegt, noch auch vom Richter ex officio zu beschaffen ist. Dahingegen in dem Falle eines zugleich abstracten und relativen Maaßstabes (unter A 2) hat der Richter ex officio das pretium oder die quantitas rei zu eruiren und resp. danach die Ersatzsumme zu quantificiren, zu welchem Zwecke derselbe bei a. arbitraria auf quanti res est, wie z. B. bei a. redhibitoria, des iusiurandum in litem des Klägers sich zu bedienen hat, bei anderen Klagen auf quanti res est aber, wie z. B. bei condictio triticaria oder a. furti im Nothfalle ebenfalls jenes iusiurandum anwenden darf.[837]) Endlich im

---

836) Dies ergiebt ebenso die Haltung der Quellen, wie auch die Fassung der römischen Gesetze, so z. B. des Edictes in Dig. XXII, 6, 7. pr.: in eum, qui, cum tutor non esset, dolo malo autor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnetur, wo an das Zuwiderhandeln gegen das gesetzliche Verbot sofort die Schadenersatzpflicht angeknüpft ist, ohne daß der Moment eines Causalzusammenhanges zwischen Widerrechtlichkeit und Schädigung irgendwie hineinträte. Vielmehr ist das Requisit vom Nachweise solchen Causalzusammenhanges erst das Product der modernen Jurisprudenz, die es dahin gebracht hat, daß im modernen Prozesse der Schädenbeweis zur „probatio diabolica" sich qualificirt d. h. regelmäßig nicht zu erbringen, somit aber der Geschädigte des Rechtsschutzes beraubt ist.

837) So Javol. 15 ex Cass. (D. XII, 3, 9), Marcell. 4 Reg. (D. XII, 3, 5. § 4). Und so erklärt sich auch die Zulassung jenes Eides nach Sab. bei Pomp. 16 ad Sab. (D. XXV, 2, 8. § 1) bei a. rerum amotarum, welche eine condictio ist nach Gai. 4 ad Ed. prov. (D. XXV, 2, 26), nicht aber eine

Falle eines concreten Maaßstabes des Schadenersatzes (unter B) sind bei bonae fidei und arbitraria actio jene letzteren beiden Momente ebensowenig vom Kläger zu beweisen, vielmehr gleichfalls vom Richter ex officio zu eruiren, und zwar in der Weise, daß der Richter in gewissen Fällen dem Kläger die eidliche Quantificirung der Schadenersatz-Summe durch iusiurandum in litem zu überlassen hat, nämlich theils bei den arbitrariae actiones im Falle von contumacia, wie dolus non restituentis, somit des non defendere rem in iudicio nach erfolgter richterlicher pronuntiatio de restituendo, wie des vorsätzlichen Ungehorsames wider die letztere, theils bei den bon. fid. actiones im Falle doloser Nichterfüllung der obliegenden Verbindlichkeiten Seitens des Beklagten; anderenfalls dagegen derselbe auf bestmöglichem Wege die Eruirung jener beiden Momente beschafft. Dagegen bei anderen Klagen auf quanti interest oder quanti minoris est liegt dem Kläger der

arbitraria. Vgl. im Allgemeinen § 136. Im Uebrigen folgt das iusiur. in litem der Richtung der betreffenden Klage selbst: es richtet sich je nachdem auf id quod interest oder quanti res est; vgl. Götz, de cond. I, 39. Vgl. A. 897. 898. Der Richter selbst aber condemnirt nicht quanti interest oder res est, sondern quanti iuratum est: Ulp. 1 Disp. (D. V, 1, 64. pr.): non ab iudice aestimatio ex eo, quod interest, fit, set ex eo quod in litem iuratur, unbeschadet im Uebrigen der richterlichen Moderationsbefugniß.

838) Ulp. 36 ad Ed. (D. XII, 3, 4. § 4): esse — aestimationem a iudice faciendam; 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 15. § 6): si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est; Marc. 4 Reg. (D. XII, 3, 5. § 3): culpam — iudex aestimat; Inst. Just. IV, 6, 30: in bona fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat; § 31; in his (sc. arbitrariis) actionibus — permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum satisfieri oporteat; vgl. Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 11. pr.), Paul 13 ad Sab. (D. XII, 3, 2. § 1), Carac. im C. Just. V, 53, 2. Diocl. et Max. das. c. 5. IV, 49, 4. Daher sind irrig Keller, Civ. Pr. bei A. 767 u. A., und so auch Mommsen, a. O. 259: „der Vortheil, den das iusiurandum in litem dem Kläger gewährt besteht darin, daß er seinen Schaden nicht durch gewöhnliche Beweismittel zu beweisen braucht"; vielmehr setzen die Quellen den Vortheil jenes Eides ausdrücklich nur in den Modus der Quantificirung des Schadenersatzes: die Quantificirung des id quod interest fällt höher aus, wenn der Kläger, als wenn der Richter ästimirt: Ulp. 51 ad Sab. (D. XII, 3, 1), 36 ad Ed. (D. XII, 3, 4. § 2); und darauf beruht denn auch das Institut der judiciellen taxatio: Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. pr.), Marc. 4 Reg. (D. XII, 3, 5. § 1).

Beweis der wirklich eingetretenen Schädigung,[839]) dem Richter aber die Quantificirung des Schadenersatzes ob.

Endlich, gleichwie bei den Schädenklagen auf quanti interest als Schaden nur die Netto-, nicht die Brutto-Differenz galt, so nun gilt auch bei den Bereicherungsklagen als Bereicherung: als quanto locupletior factus est oder quod ad eum pervenit[840]) ebenfalls nur die Netto-Differenz:

Cels. 6 Dig. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 6, 26. § 12), Paul. 17 ad Plaut. (D. XII, 6, 65. § 5),[841])

ein Grundsatz, der im Besonderen auch darin zur Geltung kommt, daß theils die zu restituirenden fructus durch die darauf verwendeten impensae necessariae ipso iure vermindert werden (A. 1267. 1661), theils die vom Mitinteressenten zu restituirende Bereicherung, so z. B. durch die vom Anderen aufgewendeten impensae, um den vom Letzteren selbst gemachten, erlaubten, connexen Gewinn, so z. B. an fructus gemindert wird:

Pap. 2 Resp. (D. VI, 1, 48): admissa compensatione (sc. fructuum perceptorum) superfluum sumtum meliore praedio facto dominus restituere cogitur; u. das. (D. cit. 65. pr.); vgl. A. 961.

§ 75.

Die einzelnen Positionen von rigor und aequitas.

Das von der aequitas vertretene Princip der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung umfaßt, ähnlich wie die im ersten Buche behandelten Principien, eine Mehrzahl von niederen Positionen; und zwar sind es deren drei: zwei gegeben in den beiden § 68 dargelegten Postulaten: nemo damnum sentire per lucrum alterius und nemo lucrari cum damno alterius debet

839) Gai. 1 ad Ed. prov. (D. II, 13, 10. § 3), Venul. 8 Act. (D. XLVI, 5, 11), Inst. Just. III, 15, 7. vgl. Paul. 9 ad Sab. (D. XLVII, 2, 32.) und dazu A. 1756. Eventuell ließ man jedoch später auch hier das iusiur. in litem zu: Diocl. et Max. im C. Just. IV, 1, 3. vgl. Paul. 26 ad Ed. (D. XII, 3, 6).

840) Das Nähere über diesen Unterschied an sich s. § 81 a. E.

841) Vgl. auch Serv. in A. 883, sowie Francke Her. Pet. 286. 292 fg.

und in deren Verwendung in absoluter Beziehung d. h. in Bezug auf das Vermögensinteresse des einen, maaßgebend in das Auge gefaßten Subjetes des Rechtsverhältnisses; und die dritte Position gegeben in der Verwendung jener beiden Postulate in relativer Beziehung d. h. in Bezug auf die beiderseitigen Vermögensinteressen der zwei in dem Rechtsverhältnisse einander gegenüberstehenden Subjecte. Im Einzelnen nun

I. die erste jener drei Positionen der aequitas ist ausgesprochen in dem Postulate: nemo damnum sentire per lucrum alterius debet, somit in dem Verbote der ungerechtfertigten Vermögensschädigung des Mitinteressenten in außerdelictischen und namentlich in Contracts-, Quasicontracts- und dinglichen Rechts-Verhältnissen, insoweit mit letzteren Prästationen obligatorischer Natur sich verbinden (§ 85). Und indem dieses Postultat zunächst in absoluter Beziehung d. h. hinsichtlich der Interessen des einen maaßgebenden Subjectes zur Geltung gelangt, so treten nun der leitende Gesichtspunkt und die Methode der practischen Durchführung desselben in folgenden Momenten zu Tage:

a. als Thatbestand, an welchen jenes Verbot sich anknüpft, ist gegeben ein Verhalten des einen Interessenten der obbezeichneten Verhältnisse, welches als seinen öconomischen Effect eine Vermögensschädigung des Mitinteressenten resultirt, die selbst als ungerechtfertigt: als iniquitas oder, vom Standpunkte der lex lata, als iniuria sich qualificirt;

b. das jene Schädigung als iniquitas oder iniuria qualificirende Moment beruht theils in dem objectivem Thatbestande: daß das maaßgebende Verhalten des betreffenden Interessenten entweder eine Verletzung gewisser demselben gegen den Geschädigten obliegender Verbindlichkeiten oder ein delictähnliches Verhalten des ersteren wider den letzteren involvirt (§ 73 unter II), theils in dem subjectiven Thatbestande: einer damit concurirenden Verschuldung des Schädigers;

c. als Correctiv wird mit solchem Verhalten von schädigenden Effecte eine zwiefache Rechtsfolge verknüpft: theils die Verpflichtung des Verletzers zu einer Vermögensleistung an den Verletzten, welche reipersecutorischen Characters und zwar Schadenersatz, daher abhängig und bedingt ist von der Thatsache einer von dem Verletzten in concreto wirklich erlittenen Vermögensschädigung;

theils aber auch in der Defensive bei gewissen der bezüglichen Thatbestände die Nichtrechtsbeständigkeit des reprimirten Thatbestandes selbst zu Gunsten des Verletzten, sei dies Rescissibilität, sei es Nullität des betreffenden Actes;

d. der ziffermäßige Betrag jener Schadenersatz-Leistung wird bemessen und ausgeworfen nach einem concreten Maaßstabe: nach der Höhe des in concreto von dem Verletzten erlittenen Schadens;

e. als Maaßstab der Bemessung solchen Vermögensschadens ist in ältester Zeit anerkannt der Marktpreis des Objectes, an welchem die Schädigung sich vollzog: das pretium res, so daß als Schadenersatzsumme sich ergab das quanto minoris res est oder das quanti interest in solcher ältesten Bedeutung dieses Ausdruckes; später jedoch das Vermögensinteresse des Verletzten: die utilitas, so daß als Schadenersatzsumme sich ergab das quanti interest in solchem jüngeren Sinne des Wortes;

f. als maaßgebend für Fixirung vom pecuniären Status des Vermögensschadens ist anerkannt der Zeitpunkt, wie Ort des Eintrittes der Schädigung.

Diese Position der aequitas ist in § 80 eingehender zu entwickeln.

Dieser ersten Position der aequitas parallel stellt der rigor das Princip auf einer Repression der ungerechtfertigten schadenfähigen Handlung des Interessenten in Contracts-, Quasicontracts- oder dinglichen Rechts-Verhältnissen, insoweit mit letzteren Prästationen obligatorischer Natur sich verbinden. Im Besonderen aber tritt der wesentlich verschiedene leitende Gesichtspunkt und die von der aequitas gänzlich abweichende Methode der practischen Durchführung jenes Postulates in folgenden Momenten zu Tage:

a. als Thatbestand, an welchen jenes Verbot sich anknüpft, ist gegeben ein gewisses Verhalten im Civilprozesse von einer bestimmten öconomischen Qualification Seitens des einen Interessenten bei den obbezeichneten Verhältnissen. Und zwar besteht diese öconomische Qualification jenes Verhaltens in der Schadenfähigkeit für den Mitinteressenten in Folge der dadurch bewirkten Verzögerung des Proceßganges, während wiederum jenes Verhalten selbst das thatbeständliche Merkmal an sich trägt, eine iniuria oder Rechtswidrigkeit zu involviren. Dagegen erfordert der vom rigor reprimirte Thatbestand weder eine Vermögens-

schädigung des Mitinteressenten, noch eine Verschuldung des Handelnden;

b. das jenes schadenfähige Verhalten zur iniuria qualificirende Moment beruht darin, daß dasselbe einen Mißbrauch gewisser Civilproceß-Rechtsmittel involvirt;

c. als Correctiv wird mit solchem Mißbrauche gewisser Civilproceß-Rechtsmittel für den Verletzer die Verpflichtung zu einer Vermögensleistung an den Bedrohten verknüpft, welche pönalen Characters ist, jedoch ein reipersecutorisches Element mit umfaßt: es ist dieselbe pecuniäre poena, welche jedoch zugleich als Schadenersatz mit fungirt, dabei aber den letzteren wiederum vollständig in sich aufnimmt, absorbirt und deckt, daher denn die Verpflichtung zu solcher Vermögensprästation unabhängig ist von der Thatsache einer von dem Bedrohten in concreto wirklich erlittenen Vermögensschädigung; oder, mit anderen Worten, der rigor faßt auf und behandelt solches schadenfähige Verhalten als eine eigenartig delictische Widerrechtlichkeit: als Civilproceßdelict und zwar als temeritas litigii insbesondere;

d. der ziffernmäßige Betrag solcher poena wird bemessen und ausgeworfen nach einem abstracten Maaßstabe: sei es, wie im ältesten Rechte, als Procentsatz von dem in dem Proceßobjecte gegebenen Vermögenswerthe: als duplum rei oder dergl., sei es als solcher Vermögenswerth selbst: als quanti res est;

e. den Maaßstab der Bemessung solchen Vermögenswerthes bietet somit der Marktpreis des Proceßobjectes: das pretium rei;

f. als maaßgebend für Fixirung von solchem pretium rei ist anerkannt der Zeitpunkt, wie Ort der Lit. Cont. (§ 72 unter 1c).

Diese Position des rigor ist im § 77 im Näheren zu begründen.

Solche erste Position von aequitas, wie rigor verwirklicht sich aber in dem Rechte wiederum nicht an einem einigen generellen Thatbestande und somit auch nicht unmittelbar in der logischen Allgemeinheit ihres Denkgehaltes, als vielmehr an einer Mehrheit von speciellen Thatbeständen und somit, gleich wie bei den im ersten Buche behandelten Principien, in noch niederen Untersätzen: es ist, mit Einem Worte, jene Position in Wahrheit lediglich legislatives Princip oder Motiv der Rechtsbildung, auf Grund dessen zwar Rechtssätze geschaffen und geformt wurden, das aber nicht selbst schon Rechtssatz ist und welches daher insbesondere auch

nicht einen generellen Thatbestand aufstellt, an welchen eine allgemeine Klage sich anknüpft, sondern welches lediglich eine Gruppe von detaillirten Thatbeständen umfaßt, mit denen wieder je besondere Rechtsfolgen sich verknüpfen. Im Besonderen aber specialisiren sich jene Untersätze nach der wesentlichen Verschiedenheit der die iniuria oder resp. iniquitas begründenden objectiven Thatbestände, oder, da alle diese Thatbestände gleichmäßig in einem Verhalten des Schuldigen: einem facere oder non facere bestehen, nach der wesentlichen Verschiedenheit von solchem die iniuria involvirenden Verhalten des Schuldigen.

Zunächst aber auf Seiten der aequitas ergeben sich zwei Gruppen von Thatbeständen, in denen die in Contracts-, Quasicontracts- und resp. dinglichen Rechts-Verhältnissen dem Mitinteressenten zugefügte verschuldete Vermögensschädigung als iniquitas oder iniuria reprobirt und mit der Verbindlichkeit zum Schadenersatze, resp. mit Nichtrechtsbeständigkeit des betreffenden Actes bedroht wird, nämlich

A. Verhalten wider den Mitinteressenten, bei welchem der als iniquitas oder iniuria qualificirte Thatbestand gegeben ist in einer denselbeh schädigenden, verschuldeten Nichterfüllung obliegender, einem ius in re oder einem Forderungsrechte desselben correspondirender Verpflichtungen: in dem aliquem facere oder per aliquem fieri oder stare, quominus fiat, quae fieri oportet (§ 80). Und zwar sind diese Rechtsverletzungen im Besonderen

1. verschuldete Verzögerung in Erfüllung der Rechtsverbindlichkeit: frustratio restituendi, wie mora solvendi und accipiendi;
2. verschuldete Vereitelung der Restitution oder Solution am legalen Leistungsorte;
3. verschuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution oder Solution nach ihrem öconomischen Gehalte.

B. Verhalten wider den Mitinteressenten, bei welchem der als iniquitas oder iniuria qualificirte Thatbestand gegeben ist in einem denselben schädigenden, verschuldeten, delictartigen Handeln in rechtsgeschäftlichen oder quasicontractlichen Verhältnissen. Und zwar sind diese Rechtsverletzungen im Besonderen:

1. dolus malus (Arglist), und
2. vis,

Beide angewendet zur vorsätzlichen Beeinflußung der Willens-

bestimmung des Mitpaciscenten bei Rechtsgeschäften unter Lebenden;

3. verschuldete reticentia bei Abschluß entgeltlicher Verträge, welche eine Veräußerung oder eine Uebertragung von Nutzungsbefugnissen vermitteln;

4. vorsätzliche Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae bei Abschluß entgeltlicher Veräußerungsverträge;

5. sogen. laesio enormis bei emtio venditio; endlich

6. vorsätzliche Benutzung des relevanten error in der Willensbestimmung des Mitpaciscenten bei Rechtsgeschäften unter Lebenden, ein Thatbestand, der jedoch nicht den vollen normalen Effect unter c gewinnt, vielmehr lediglich die Nichtrechtsbeständigkeit des betreffenden Thatbestandes zu Gunsten des Geschädigten zur Folge hat.

Andererseits dagegen der rigor stellt nicht minder zwei verschiedene Gruppen von Thatbeständen auf, in denen das schadenfähige Verhalten wider den Mitinteressenten in Contracts- Quasicontracts- und resp. dinglichen Rechts-Verhältnissen als iniuria reprobirt und mit einer poena von reipersecutorischer Nebentendenz bedroht wird, nämlich

A. schadenfähiges Verhalten des Verpflichteten in dinglichen Rechtsverhältnissen, und zwar

1. rechtswidrige Nichtrestitution der litigiösen res et fructus Seitens dessen, der bei leg. a. sacram. in rem falsam vindiciam tulerat oder bei in rem agere per sponsionem den Proceßbesitz übernommen hatte, somit rechtswidrige Vereitelung oder Beeinträchtigung der dinglichen Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte; und

2. rechtswidriges Verhalten des Verpflichteten, in einer gerechten vindicatio per formulam petitoriam es auf die iudicatio ankommen zu lassen;

B. schadenfähiges Verhalten des Verpflichteten in obligatorischen Rechtsverhältnissen, und zwar

1. gewisse Vorkommnisse einer rechtswidrigen Uebernahme der Klage Seitens des Beklagten, so namentlich bei a. auctoritatis, fiduciae cum amico, redhibitoria und depositi in turba, ruina etc. dati;

2. gewisse Vorkommnisse einer rechtswidrigen negativen Litiscontestation Seitens des Beklagten bei Klage aus nexum, aus lex

mancipii und Damnationslegat auf certum, bei a. legis Aquiliae, wie wohl auch bei a. depensi der XII. Taf.;

3. gewisse Vorkommnisse der rechtswidrigen Litiscontestation überhaupt des Beklagten bei condictio triticaria;

4. gewisse Vorkommnisse der rechtswidrigen Anstellung der a. revocatoria Seitens des den Beklagten vertretenden vindex gegenüber gewissen Vorklagen, so namentlich gegenüber denjenigen Vorklagen welche in Form der leg. a. per man. ini. iudicati oder pro iudicato gekleidet sind oder gegenüber der a. iudicati oder depensi des Formularprocesses;

5. gewisse Fälle des rechtswidrigen Verhaltens des Schuldners, in einer gerechten a. in personam es auf die iudicatio ankommen zu lassen, wie z. B. bei a. quod metus causa.

Endlich treten hierzu noch gewisse anderweite Thatbestände, die, einer jüngeren Zeitperiode angehörig und in § 78 darzulegen, hier übergangen werden können.

Nach Alle dem aber waltet innerhalb der ersten Position der aequitas die tiefgreifendste und durchaus wesentliche Verschiedenheit zwischen der Theorie von jener und vom rigor ob, die sich ausprägt theils in dem leitenden Gesichtspunkte Beider: indem die aequitas das verschuldet vermögensschädigende, der rigor das schadenfähige Verhalten, insoweit solches als Mißbrauch gewisser Civilproceß-Rechtsmittel zu Tage tritt, reprobirt, theils in der Methode der systematischen Durchführung dieses Gesichtspunktes: indem solche iniuria von der aequitas als einfache, civilrechtliche Widerrechtlichkeit, von dem rigor als Species des Civilproceßdelictes der temeritas litigii behandelt wird; theils endlich in den als solche iniuria qualificirten Thatbeständen, die hier, wie dort wesentlich verschieden sind.

Im Uebrigen werden jedoch mehrere der durch die aequitas reprobirten Thatbestände gedeckt durch gewisse von dem rigor reprobirte Thatbestände, nämlich die von der ersteren reprobirte verschuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der dinglichen Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte von der durch den rigor reprobirten rechtswidrigen Vereitelung oder Beeinträchtigung solcher Restitution bei leg. a. sacram. und agere per sponsionem; sodann der durch die aequitas reprobirten verschuldeten frustratio restituendi bei formula petitoria unterfällt mit die Zuerkennung

von fructus maiores bis zur iudicatio im Falle des rechtswidrigen Beharrens des Beklagten beim Processe (§ 84 unter E); endlich die durch die aequitas reprobirte verschuldete Verzögerung der Solution: die mora solvendi wird gedeckt durch die von dem rigor reprobirte rechtswidrige Uebernahme der Klage, durch die rechtswidrige negative Litiscontestation und durch die rechtswidrige Litiscontestation überhaupt, durch die rechtswidrige Anstellung der a. revocatoria, wie durch das rechtswidrige Beharren des Beklagten beim Processe bis zur iudicatio.

Dahingegen über diese Gränzen hinaus nimmt der rigor eine durchaus negirende Stellung gegenüber den Satzungen der aequitas ein: derselbe stellt den Ordnungen derselben keinerlei entsprechende oder widersprechende Normen gegenüber, versagt vielmehr den Ersteren einfach seine Anerkennung, ohne aber auch andrerseits das der aequitas Widerstreitende etwa als Rechtsordnung zu sanciren. Mit Einem Worte: es wird insoweit das der aequitas Widerstreitende von dem rigor weder als Recht sanctirt, noch als Widerrechtlichkeit reprimirt, als vielmehr es wird das Postulat der Ersteren einfach nicht als Rechtspflicht anerkannt. Nur in dem Einem Punkte tritt ein abweichendes Verhältniß zu Tage, darin nämlich, daß die a. auctoritatis des rigor in einem Parallelismus steht zu dem Verbote der aequitas, die stipulatio duplae vel simplae bei der venditio zu verweigern (§ 79).

II. Die zweite Position der aequitas ist ausgesprochen in dem Postulate: nemo lucrari cum damno alterius debet, somit in dem Verbote einer ungerechtfertigten Bereicherung des Interessenten auf Unkosten des Mitinteressenten in Rechtsverhältnissen außerhalb des Delictes. Und indem dieses Postulat zunächst in absoluter Beziehung d. h. hinsichtlich der Interessen des einen maaßgebenden Subjectes zur Geltung gelangt, so treten nun der leitende Gesichtspunkt und die Methode der practischen Durchführung desselben in folgenden Momenten zu Tage:

a. als Thatbestand, an welchen jenes Verbot sich anknüpft ist gegeben ein in dem Güterverkehre sich vollziehender Vorgang, welcher als seinen öconomischen Effect eine Vermögensbereicherung des Einen auf Unkosten eines Mitinteressenten resultirt, die selbst als ungerechtfertigt: als iniquitas oder, vom Standpunkte der lex lata, als iniuria sich qualificirt;

b. das jene Bereicherung als iniquitas oder iniuria qualificirende Moment beruht nicht in einem subjectiven, als vielmehr lediglich in dem objectiven Thatbestande, daß die dem bereichernden Vorgange unterliegende causa an einem Mangel leidet, im Besonderen aber in dem Verhältnisse des Widerstreitenden, in welchem die Bereicherung mit den im nationalen Verkehrsleben ausgeprägten und von der Nationalanschauung getragenen volkswirthschaftlichen Gesetzen steht: indem gewisse im nationalen Leben typisch ausgebildete Verkehrsfiguren dazu berufen sind, das Bedürfniß und Streben der Verkehrenden nach Erwerb oder Nutzbarmachung fremder Vermögenswerthe in geregelter Weise zu befriedigen und so nun auch der Tendenz jenes Verkehres nach Bereicherung auf Kosten des Anderen zu dienen; indem sodann die betreffende Bereicherung im Widerstreite mit den diesen Verkehrsfiguren immanenten wirthschaftlichen Gesetzen sich vollzieht; so ist es nun dieser Widerstreit, auf Grund dessen die aequitas solche Bereicherung als eine iniquitas: als ungerechtfertigt qualificirt;

c. solches Verhältniß, daß die bezeichneten Verkehrsfiguren berufen sind, der Tendenz des Güterverkehres nach Bereicherung des Einen auf Kosten des Anderen zu dienen, wurde von den Römern auch in der Weise aufgefaßt und beurtheilt, daß jene Verkehrsfiguren einen zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrund für die dadurch vermittelte Bereicherung ergeben; und indem solcher Rechtfertigungsgrund als causa bezeichnet wird, so specialisirt sich nun in Folge dessen jene iniquitas zu einer Mangelhaftigkeit solcher causa;

d. solche Mangelhaftigkeit der causa der Bereicherung prägt sich aber im Besonderen wiederum in der Weise aus, daß entweder der Bereicherung ein Rechtsgrund des Erwerbes: ein Rechtserwerbmodus gar nicht unterliegt, dieselbe sonach nur als actuelles und rein wirthschaftliches, nicht aber als potentielles und juristisches Ergebniß des betreffenden Vorganges sich vollzieht, somit aber des zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrundes völlig ermangelt, oder aber daß der Bereicherung zwar ein Rechtserwerbmodus unterliegt, dieser selbst aber unter Umständen sich verwirklicht, welche denselben nicht als zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrund der dadurch vermittelten Be-

reicherung erscheinen lassen, sei es nun, daß solche Insufficienz, als Rechtfertigungsgrund zu dienen, darin beruht, daß der jenem Rechtserwerbmodus unterliegende secundäre Rechtsgrund mit einem Mangel behaftet ist, sei es daß jener Rechtserwerbmodus selbst mit einem Mangel behaftet ist, der in der Lebenslage des Mitinteressenten begründet ist; oder mit anderen Worten, die aequitas legt die Function als causa der Bereicherung: als deren zureichender objectiver Rechtfertigungsgrund zu dienen, bald dem Rechtserwerbmodus, als dem primären Rechtsgrunde, bald der demselben unterliegenden causa obligationis, als dem secundären Rechtsgrunde bei, und verlegt das Unzureichende solchen Rechtfertigungsgrundes bald in dessen gänzlichen Mangel, bald in dessen Mangelhaftigkeit;

e. als Correctiv wird mit solcher ungerechtfertigten Bereicherung eine zwiefältige Ordnung verknüpft: einerseits extraordinärer Weise die Wiederherstellung desjenigen Vermögensstatus, wie solcher vor dem Eintritte jener Bereicherung gegeben war (rest. in integr. wegen cap. dem. und wegen absentia), andererseits normaler Weise theils die Verpflichtung des Bereicherten zu einer Vermögensleistung reipersecutorischer Natur und zwar die Verbindlichkeit zur Restitution der Bereicherung an den Mitinteressenten, demzufolge daher dieselbe abhängig und bedingt ist von der Thatsache einer in concreto wirklich erworbenen Bereicherung; theils aber auch die Nichtrechtsbeständigkeit des reprimirten Thatbestandes selbst für den Beeinträchtigten, sei dies Rescissibilität, sei es Nullität des betreffenden Vorganges;

f. der ziffermäßige Betrag jener Bereicherungs-Restitution wird bemessen und ausgeworfen nach einem concreten Maßstabe: nach der Höhe der in concreto von dem Bereicherten sei es erworbenen, sei es noch besessenen Bereicherung;

g. der maaßgebende Zeitpunkt für Fixirung vom pecuniären Status der Bereicherung ist ein zwiefacher: bald der Zeitpunkt des Erwerbes derselben: id quod pervenit, bald die Lit. Cont., resp. in einem vereinzelten Falle das Judicat: quanto locupletior factus est.

Diese Position der aequitas ist im Einzelnen in § 81 eingehender zu begründen.

Auch diese Position der aequitas verwirklicht sich, gleich der

ersten, nicht in einem einigen generellen Thatbestande, als vielmehr in einer Anzahl von speciellen Thatbeständen, an welche sich dann die niederen Untersätze anknüpfen, welche jene zweite Position ergeben und tragen.[842]) Diese Untersätze selbst aber zerfallen theils in erster Linie nach der Beschaffenheit des Mangels der causa, theils in zweiter Linie nach der Beschaffenheit des bereichernden Vorganges in mehrere Classen. Und zwar

A. Bereicherung, bei welcher der Mangel der causa in der Deficienz eines Rechtserwerbmodus selbst: in dem Fehlen einer primären causa besteht. Hierunter fallen die Bereicherungen

1. durch den vom Mitinteressenten in Contracts- Quasicontracts- und dinglichen Rechts-Verhältnissen im Interesse des anderen Theiles gemachten Aufwand von nothwendigen Impensen auf das von Ersterem zu leistende Rechtsobject, dafern derselbe solchen Aufwand selbst zu tragen gesetzlich nicht für verpflichtet erklärt ist;

2. durch ein nicht rechtsbeständiges, somit nur in actu bestehendes Rechtsverhältniß, welches den einen Interessenten auf Unkosten des Anderen bereichert, und zwar

a. Rechtsverhältniß mit dem Pupillen oder furiosus, welches ohne tutoris auctoritas oder Concurrenz des curator begründet ist und denselben bereichert, sowie

b. Rechtsverhältniß mit dem Gewaltuntergebenen, welches weder peculiaris causa, noch auch auf iussus des Gewalthabers begründet ist und den Letzteren bereichert;

3. die Bereicherung, welche zwar durch Delict herbeigeführt ist, die aber nicht nach dem Gesichtspunkte des Delicts-, als vielmehr des Quasicontracts-Rechtes aufgefaßt und behandelt wird. Hierunter fallen

a. Delict eines Dritten, wodurch ein dabei unbetheiligter Zweiter bereichert ist;

b. das honorarische Delict nach Ablauf der Verjährungszeit von einem Jahre;

c. das furtum in seiner quasicontractlichen Beziehung (cond. furtiva und a. rerum amotarum).

---

842) Daß der Satz nemo lucrari cum damno alterius debet nur Rechtsprincip, nicht Rechtssatz ist, somit zwar die Natur gegebener Klagen bestimmt, nicht aber selbst schon eine allgemeine Bereicherungsklage ergiebt, ist gegenwärtig allgemein anerkannt.

B. Bereicherung, bei welcher, indem dieselbe durch einen Rechtserwerbsmodus: eine primäre causa vermittelt wird, diese letztere selbst mangelhaft ist und zwar solche Vitiosität begründet wird durch die Lage des einen Interessenten; und dies ist der Fall bei der Bereicherung

1. durch einen in Contracts- und Quasicontractsverhältnissen nach deren Begründung mittelst der res debita von dem Schuldner gemachten, nicht vertragsmäßigen Erwerbes, dafern in dem betreffenden Rechtsverhältnisse den Gläubiger das periculum trifft;

2. durch Erlöschen der Verpflichtung dessen, der cap. dem. erlitt, und

3. durch Zeitablauf in Bezug auf denjenigen, der ohne eine Verschuldung absens ist,

wo im ersten Falle die durch das Recht auferlegte Tragung des periculum, in den beiden letzten Fällen die concrete Lebenslage des benachtheiligten Mitinteressenten: sei es dessen schuldlose absentia, sei es dessen Schuldlosigkeit rücksichtlich der eingetretenen Usucapion und resp. Liberation den betreffenden Erwerbmodus in concreto als ungenügend qualificiren.

C. Bereicherung, bei welcher, indem dieselbe ebenfalls durch einen Rechtserwerbmodus: eine primäre causa vermittelt wird, der Mangel der causa in der Mangelhaftigkeit des dem ersteren unterliegenden Rechtsgrundes: in der Vitiosität der secundären causa beruht; und dies ist der Fall bei der Bereicherung

1. durch ein pecuniär indifferentes Rechtsgeschäft unter Lebenden, dafern die solchem unterliegende causa iniusta, turpis, falsa, non secuta oder finita ist;

2. durch einen den Eigenthumserwerb vermittelnden, in einfacher juristischer Handlung des Bereicherten oder in juristischen Ereignissen bestehenden Erwerbmodus, dem zur Zeit seiner Verwirklichung eine secundäre causa überhaupt gar nicht unterlag.

Andrerseits der rigor nimmt gegenüber dieser Position der aequitas ein rein negierendes Verhalten ein: derselbe stellt den Untersätzen der letzteren keinerlei correspondirende, affirmativ widersprechende Ordnungen gegenüber, sondern versagt vielmehr denselben einfach seine Anerkennung: der rigor erkennt somit in Rechtsverhältnissen außerhalb des Delictes eine ungerechtfertigte Bereicherung als relevant nicht an und stellt somit auch keine hier-

auf bezüglichen Principsätze auf, eine Thatsache, die in § 79 näher zu beleuchten ist.

III. Die letzte Position der aequitas ergiebt sich aus der Verwendung der beiden Postulate des nemo damnum sentire per lucrum alterius und lucrari cum damno alterius debet in relativer Beziehung d. h. in Hinsicht auf die beiderseitigen Vermögensinteressen der zwei in dem Rechtsverhältnisse einander gegenüberstehenden Subjecte, und tritt so nun in dem Verbote zu Tage, daß aus der Verfolgung des Anspruches des einen Interessenten nicht eine ungerechtfertigte Bereicherung desselben oder eine ungerechtfertigte Vermögensschädigung des Mitinteressenten und somit eine iniquitas resultire, demgemäß aber bei der Beurtheilung im Allgemeinen solchen Anspruches und so insbesondere auch bei dessen richterlicher Beurtheilung in voller Gleichmäßigkeit die Vermögensinteressen der beiden Betheiligten nach Maaßgabe der obigen beiden Postulate zu berücksichtigen und zu wahren seien. Im Besonderen aber enthält dieses Postulat wiederum die beiden Untersätze:

A. innerhalb des Rechtsverhältnisses ist nicht einseitig der Anspruch des Berechtigten, sondern nicht minder auch der connexe Gegenanspruch des Verpflichteten nach dem Maaßstabe der Satzungen unter I und II zu berücksichtigen, so daß solche beide collidirende Ansprüche gegen einander abzuwägen und auszugleichen und nach solchem Ergebnisse das Quantum der dem Verpflichteten anzusinnenden Vermögensleistung zu bestimmen und zu bemessen ist;

B. innerhalb des Rechtsverhältnisses ist bezüglich des Anspruches des Berechtigten, wie des Gegenanspruches des Verpflichteten nicht einseitig das Interesse dessen, der den Anspruch geltend macht, sondern zugleich das Interesse dessen, gegen welchen der Anspruch gerichtet ist, nach dem Maaßstabe der Satzungen unter I und II zu berücksichtigen und zu wahren.

Dahingegen auf Seiten des rigor, indem derselbe die beiden Postulate des nemo damnum sentire per lucrum alterius und lucrari cum damno alterius debet an und für sich gar nicht anerkennt und verwirklicht, tritt nun, in Consequenz hiervon, jener Position der aequitas, das conträr entgegengesetzte Princip gegenüber, daß, indem ein verletztes Recht geltend gemacht und dem Urtheile unterstellt wird, solches Urtheil durchaus nur innerhalb derjenigen Grenzen sich zu halten hat, innerhalb deren es nach

Maaßgabe der Klagformel aufgerufen ist, somit aber die Competenz solchen Urtheiles ebenso im Allgemeinen unmittelbar bestimmt wird durch die Klagformulirung selbst und durch die hierin gegebene Präcisirung des verletzten Rechtes, als auch im Besonderen auf die rechtliche Begründung des verlautbarten Rechtes allein sich erstreckt, demgemäß nun aber auch bei der Beurtheilung des Streitfalles das Vermögensinteresse des Klagenden allein in strenger Einseitigkeit, nicht aber auch das des Beklagten selbstständig in Frage kommt. Im Besonderen aber prägt sich dieses Princip wiederum in den beiden Untersätzen aus:

A. wie die Klagformel den Rechtsanspruch des Klägers allein verlautbart, so ist die Klage selbst ausschließlich berufen, jenen Rechtsanspruch allein zur Geltung zu bringen, nicht aber, auch einen Rechtsanspruch des Beklagten zu defensiver Geltendmachung in sich aufzunehmen; oder, mit anderen Worten, die processualische actio kann immer nur eine einzige civilrechtliche actio des Klägers, nicht aber auch eine solche des Beklagten umschließen, da vielmehr solche actio des Letzteren wiederum durch das Mittel einer eigenen und selbstständigen processualischen actio zur Geltung zu bringen ist, demgemäß nun bei Beurtheilung des Streitfalles nur über die Rechtsbegründung des klägerischen Anspruches allein, nicht aber zugleich über einen Gegenanspruch des Beklagten zu cognosciren ist;

B. die Klage ist ausschließlich berufen, das Vermögensinteresse des Klägers in der Richtung des von demselben geltend gemachten verletzten Rechtes zur Geltung zu bringen, nicht aber zugleich für das Vermögensinteresse des Beklagten nach der Richtung hin Sorge zu tragen, als solches durch die Geltendmachung des Klaganspruches etwa beeinträchtigt werde; daher ist bei Beurtheilung des Streitfalles ausschließlich über das Recht- oder Unrechthaben des Klägers oder aber des Beklagten zu entscheiden, nicht aber den weiteren pecuniären Consequenzen, welche aus dem Unrechthaben des Beklagten für denselben sich ergeben, Rechnung zu tragen und etwaigen darin belegenen Nachtheilen durch Anordnung irgend welcher Schutzmittel vorzubeugen.

Im Uebrigen aber bedingt diese dritte Position der aequitas in strictester Folgemäßigkeit zugleich das Princip der arbiträren richterlichen Cognition, während die entsprechende dritte Position

des rigor wiederum die absolut nothwendige Vorbedingung und Prämisse ergiebt für das von demselben adoptirte Princip der gebundenen richterlichen Cognition.

Jene Position an sich aber der aequitas ist in § 82, die des rigor dagegen in § 79 eingehender zu begründen.

§ 76.

C. Die Principien der arbiträren richterlichen Cognition und der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung in ihrem gegenseitigen Verhältnisse.

Die in § 66 und 75 dargelegten beiden Principien der aequitas und resp. des rigor stehen zu einander in einem wesentlich anderen Verhältnisse, als die im ersten Buche behandelten Principien: denn während diese letzteren nicht allein in je einem gemeinsamen Mittelpunkte des solennen und unsolennen Actes sich concentriren, sondern in Wahrheit auch in einem einigen, höheren leitenden Gesichtspunkte zusammenliefen: als Princip einer Suprematie des Willens über das Wort auf Seiten der aequitas, und der Suprematie des Wortes über den Willen auf Seiten des rigor (§ 1), so waltet nicht gleiches Verhältniß ob bezüglich der hier maaßgebenden beiden Principien: es sind dieselben, wie in Thl. I. § 66 dargelegt, verschiedener Wesenheit und so daher an sich schon ungeeignet, in einem höheren speculativen Centrum zusammen zu fallen: denn das Princip der arbiträren richterlichen Cognition ist nach der Auffassung der Quellen ein Formal-Princip, dem Proceßrechte angehörig und die Modalität des Richterurtheiles bestimmend; dagegen das Princip der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung ist ein Real-Princip, dem Civilrechte angehörig und den Rechtssatz selbst nach seinem Gehalte bestimmend, wodurch Recht, wie Pflicht nach Existenz, Inhalt und Umfang normirt werden. Und so erklärt sich denn auch, daß vereinzelt jene beiden Principien auch historisch aus einander treten, so z. B. indem die certi condictio ob causam civilrechtlich dem Principe der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung, processualisch dagegen dem Principe der gebundenen richterlichen Cognition unterfällt.

Sodann gewinnen die hier maaßgebenden beiden Principien auch wiederum ihre Ausprägung im Rechte in einer Modalität,

die in mehrfacher Beziehung abweicht von der bei den Principien des ersten Buches beobachteten Ordnung. Denn während dort die Principien in dem Rechtsacte ihre Verwirklichung fanden: in dem solennen Acte und in dem unsolennen, sei es unformalen, sei es formalen Acte (§ 1. 65), so gewinnen hier dieselben ihre Verwirklichung durch das Rechtsmittel; und sodann während dort in dem solennen und dem unsolennen Acte die sämmtlichen Untersätze der Principien ausnahmelos zusammenliefen und concentrisch umfaßt wurden, so tritt hier eine Divergenz der niederen Positionen zu Tage, insofern als in keinem Rechtsmittel alle diese Untersätze vollständig ihre Vertretung finden, vielmehr einzelne von diesen je durch eigene, andere wiederum durch gemeinsame Rechtsmittel, und sodann auch einzelne Untersätze je durch ein einiges, andere wiederum durch eine Mehrheit von Rechtsmitteln verwirklicht werden.

Hierdurch allenthalben bestimmt sich nun die Hauptaufgabe des gegenwärtigen Buches: der Darlegung der historischen Ausprägung der Principien. Und zwar, während das erste Buch eine Geschichte des solennen, wie des unsolennen Actes gab, hat das gegenwärtige Buch eine Geschichte von Rechtsmitteln und der denselben zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zu geben; und solche Darstellung hat die Rechtsmittel in ihrer Stellung ebenso gegenüber dem Princip der arbiträren richterlichen Cognition, wie gegenüber dem Princip der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung in das Auge zu fassen und zu verfolgen. Allein indem gleichwohl wieder jene beiden Principien trotz ihrer Wesenverschiedenheit in eine weitgreifende historische Verbindung mit einander treten, indem ebenso dieselben innerhalb ihrer Haupt- und Fundamentalbildungen räumlich zusammentreffen, wie auch solche Coincidenz keineswegs eine bloß zufällige und rein empirische, als vielmehr durch causale Verhältnisse bedingte ist (§ 66. 75 unter III), so rechtfertigt wiederum solcher geschichtliche Thatbestand, daß die historische Darstellnng dieses Buches, entsprechend wie im ersten Buche, die beiden fraglichen Principien zu gemeinsamer Darstellung zusammenfaßt.

Mit dieser historischen Darstellung erschöpft sich nun aber, wie S. 3 hervorgehoben, die Aufgabe bezüglich der Principes je der arbiträren und der gebundenen richterlichen Cognition: es kann

bezüglich dieser von einer eigenen dogmatischen Darstellung um deßwillen abgesehen werden, weil die denselben unterfallenden Untersätze ebenso in ihrem dogmatischen Gehalte einfach und durchsichtig sind, als auch ganz unmittelbar und ohne das Dazwischentreten niederer Rechtssätze in dem Rechte ihre Verwirklichung finden, sonach aber die Darlegung und Begründung dieser Untersätze mit der historischen Darstellung selbst sich verbinden läßt ohne die Gefahr, durch dogmatisches Material die Uebersichtlichkeit und den Gang an sich jener Darstellung zu beeinträchtigen.

Dahingegen bezüglich des Principes der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung walten nach § 75 durchaus die entgegengesetzten Verhältnisse ob; und wenn hier daher nach S. 3 eine eigene Darlegung der dem Principe unterfallenden niederen Positionen voraus zuschicken ist, so ist nun die gewählte Methode solcher Darstellung durch folgende Gesichtspunkte bestimmt.

Die Klagen, durch welche jene Positionen der aequitas verwirklicht werden, zerfallen in zwei durchaus verschiedene Gruppen. Und zwar die eine Gruppe von Klagen characterisirt sich dadurch, daß hier denselben die Aufgabe zufällt, ex professo je einzelne Postulate der aequitas zu verwirklichen, wogegen auf Seiten des rigor wiederum correspondirende Formationen gänzlich fehlen. Dies sind die a. de eo quod certo loco, de dolo und quod metus causa, die condictiones, ob causam sammt a. rerum amotarum, die Delicts-, wie Contracts-Klagen auf id quod ad eum pervenit oder auf quanto locupletior factus est oder als a. de in rem verso, sowie die honorarischen actiones rescissoria und restitutoria.

Bei den übrigen Klagen dagegen liegt der theoretische Schwerpunkt ihrer Aufgabe keineswegs in einer Durchführung der bezüglichen Postulate der aequitas, als vielmehr in der Verwirklichung von Rechtsansprüchen, welche zu den hier maaßgebenden Principien der aequitas in keinerlei Beziehung stehen. Allein indem mit solcher Hauptaufgabe der betreffenden Klage zugleich die Function verbunden wird, die Durchführung einzelner der hier maaßgebenden Positionen der aequitas gleich als Nebenaufgabe zu vermitteln, so gestalten sich insoweit jene Klagen zugleich zu Organen der hier maaßgebenden Principien der aequitas. Ja indem jene Klagen sogar zur Vertretung einer höchst beträchtlichen

Anzahl von Positionen der aequitas berufen sind, so überträgt sich damit auf dieselben geradezu die Rolle, als Centralorgane der aequitas zu fungiren, während gleichzeitig auch wiederum denselben auf Seiten des rigor correspondirende Formationen gegenüberstehen, welche, gleichen Hauptaufgaben dienend, wie jene, den den Letzteren zufallenden Nebenaufgaben in Bezug auf die Positionen der aequitas von Vorn herein ganz fern stehen. Dies aber sind von dem zweiten Abschnitte der ersten Periode ab:

1. im Gegensatze zu der vindicatio in Form der leg. a. sacram., wie das agere per sponsionem die dingliche Klage per formulam petitoriam, welche neben ihrer Hauptaufgabe, als dingliche Klage die Restitution des Streitobjectes an den Kläger herbeizuführen, überdem noch ebensowohl als Schädenklage fungirt und zwar theils wegen frustratio restituendi, theils wegen Vereitelung der Restitution am legalen Leistungsorte, theils wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte, wie aber auch als Bereicherungsklage und zwar in Function einer cond. sine causa, und welche endlich auch dem in § 75 unter III dargelegten Principe der Zweiseitigkeit in Berücksichtigung und Wahrung der collidirenden Interessen der beiden Partheien sich erschließt;

2. im Gegensatze zur strict. jur. a. die bon. fid. a., welche neben ihrer Aufgabe, die Erfüllung der Hauptobligation herbeizuführen, auch noch in zwölffältiger Verwendung als Schäden- und als Bereicherungsklage auftritt, nämlich in Function einer Klage wegen mora solvendi oder accipiendi, als Klage wegen Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte, als Klage wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, als a. de dolo, quod metus causa und de reticentia, wie als Klage wegen Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae, und wegen sogen. laesio enormis; dann als condictio ob causam, als Impensenklage und als Klage auf Restitution des durch die res debita gemachten lucrum; welche ferner dann auch empfänglich ist für die Relevanz des error in der Willensbestimmung, und welche endlich gleichfalls dem in § 75 unter III dargelegten Principe der Zweiseitigkeit in Berücksichtigung und Wahrung der collidirenden Vermögensinteressen beider Partheien sich unterordnet.

Da nun bei der dogmatischen Darlegung der niederen Positionen jenes Principes die Aufgabe darin besteht, die leitenden Gedanken der aequitas, wie solche innerhalb des derselben eigensten Gebietes in Rechtssätzen sich ausprägen, dogmatisch zu entwickeln und festzustellen, nicht aber alle und jede Beziehung darzulegen, in welcher jene Ideen sich ausprägen, weil letztere Aufgabe vielmehr der historischen Darstellung anheimfällt; und da sodann aus den dargelegten zahlreichen Beziehungen der formula petitoria und bon. fid. actio zur aequitas ohne Weiteres sich ergiebt, daß diese beiden Gebilde das ureigenste Gebiet der aequitas in jenen späteren Perioden ergeben, in solcher Stellung auch dadurch deutlicher gekennzeichnet und gehoben, daß ihnen correspondirende Figuren des rigor in strengstem Parallelismus gegenüberstehen; so ist nun die Aufgabe jener dogmatischen Darstellung auf Seiten der aequitas am Angemessensten in der Weise zu lösen, daß deren Untersätze, insoweit sie in der formula petitoria und der bon. fid. actio ihre Ausprägung finden, in und an diesen beiden Klagen zur Darstellung gebracht werden. Und indem dies in § 83 fg. geschieht, so finden damit die Positionen der aequitas in § 75 unter I, II A 1. 3 c. B 1. C. und III ihre entsprechende Darstellung.

Dahingegen findet solche Vertretung der Untersätze der aequitas durch jene beiden Klagen nicht statt hinsichtlich der Positionen in § 75 unter II A 2. 3 a. b. und B 2. 3, daher hier nun die dogmatische Darlegung derselben an den denselben specifischen Organen: den Delicts- und Contractsklagen auf id quod ad eum pervenit oder auf quanto locupletior factus est oder als a. de in rem verso, sowie den betreffenden actiones rescissoria und restitutoria zu geben ist: § 91 fg.

Andererseits, was den rigor betrifft, so standen im ersten Buche dessen Untersätze im unmittelbarsten und diametralsten Gegensatze zu correspondirenden Untersätzen der aequitas. Dagegen innerhalb des Principes der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung waltet gleiches Verhältniß nach § 75 nur ob bezüglich der Position unter III, wo der rigor die Einseitigkeit in Berücksichtigung des Parteiinteresses der von der aequitas postulirten Zweiseitigkeit gegenüberstellt, während wiederum der Position unter II: dem Verbote der ungerecht-

fertigten Bereicherung ein widersprechendes Princip von dem rigor überhaupt gar nicht gegenübergestellt wird. Endlich bezüglich der Position unter I prägt sich der Gegensatz von rigor und aequitas wiederum in der Weise aus, daß Beide das bezügliche Gebiet nach durchaus verschiedenen leitenden theoretischen Gesichtspunkten, mit ganz anderen Mitteln und mit Sätzen von völlig verschiedenem systematischen Werthe regeln und beherrschen, so daß nicht der Untersatz des Einen zum Untersatz des Anderen in einem directen Gegensatze steht, als vielmehr zwei völlig heterogene, auf ganz verschiedene theoretische Gesichtspunkte gestützte Systeme je des rigor und der aequitas in einen indirecten Widerspruch zu einander treten.

Demgemäß aber fällt hier der dogmatischen Darstellung die Aufgabe zu, dieses eigenthümliche System des rigor bezüglich der Position unter I zu entwickeln, wogegen wiederum bezüglich der der aequitas conträr gegenüberstehenden Untersätze der Position unter III eine umfassendere dogmatische Darstellung sich erledigt, weil hier wiederum eine vielseitigere historische Entwickelung zu zahlreicheren Rechts-Sätzen oder -Figuren überhaupt nicht stattgefunden hat. Und jener gesammte Stoff nun gelangt in § 77 fg. zur Darstellung.

Zweites Capitel.

Der rigor und dessen einzelne Positionen gegenüber dem Principe der Repression der ungerechtfertigten Schädigung.

§ 77

Der Gesichtspunkt und die Methode des rigor bei Normirung der Vermögensschädigung.

Die Normirung der Vermögensschädigung in Contracts-, Quasicontracts- und dinglichen Rechts-Verhältnissen, insoweit mit letzteren Prästationen obligatorischer Natur sich verbinden, beruht Seitens des rigor auf dem leitenden Gesichtspunkte, daß nicht lediglich die Handlung mit vermögensschädigendem Effecte,

sondern bereits das schadenfähige Verhalten eine Rechtswidrigkeit ergebe, das Letztere aber wiederum nicht unbedingt und schlechthin solchen Character an sich trage, als vielmehr lediglich dann, wenn es als Mißbrauch von civilprocessualischen Rechtsmitteln sich manifestire, und auch diesfalls nur von gewissen Rechtsmitteln, wie gegenüber gewissen Klagen. Dieser leitende Gesichtspunkt nun prägt sich aus in der entsprechenden Methode der legislativen Behandlung solcher Handlungen, und manifestirt sich hier in einer vierfachen Maxime: zuerst nämlich in der Tendenz, solches schadenfähige Verhalten nicht dem Gesichtspunkte der einfachen Widerrechtlichkeit zu unterstellen und dementsprechend durch eine rein reipersecutorische: auf Schadenersatz tendirende Klage zu reprimiren, als vielmehr dasselbe im Lichte des Mißbrauches eines Civilproceß-Rechtsmittels aufzufassen, solchen Mißbrauch wiederum zum eigenartigen Delicte, zum Civilproceßdelicte zu qualificiren und dementsprechend nun denselben mit einer poena zu ahnden; und indem unter den mehrfachen Erscheinungsformen des Civilproceßdelictes die temeritas litigii es ist, welche so in Stellvertretung oder vielmehr in Parallelismus der einfachen Widerrechtlichkeit eintritt, die von der aequitas in den entsprechenden Thatbeständen anerkannt und reprimirt wird, so treten nun als die characteristischen Merkmale jener delictischen Ordnung der temeritas hervor einestheils, daß solches Delict auf einen rein objectiven Thatbestand gestützt und somit unabhängig gestellt ist von dem subjectiven Thatbestande einer Verschuldung: sei dies Dolus, sei es Culpa, sowie anderntheils, daß dasselbe im älteren Rechte sachlich als reiner Incidentpunkt mit der Klage wegen des Hauptanspruches zur processualischen Einheit verschmolzen und somit aus dem Delicte selbst keine eigene Klage auf die poena ertheilt wird. Sodann zweitens kennzeichnet sich die Methode des rigor durch die Maxime, mit der als Correctiv des Delictes gesetzten Privatstrafe den Schadenersatz selbst zur einheitlichen Vermögensprästation zu verbinden, so daß der Schadenersatz gewissermaßen in der poena aufgeht oder doch zum einigen Ganzen mit derselben verschmilzt, dementsprechend aber auch die Verpflichtung zur gesetzten Vermögensprästation ohne Weiteres an den Eintritt des betreffenden delictischen und in abstracto schadenfähigen Thatbestandes angeknüpft wird, gleichgültig im Uebrigen,

33*

ob der dadurch Betroffene in concreto wirklich einen Schaden erlitten hat oder nicht; dann ferner durch die Maxime, für die an den betreffenden Thatbestand geknüpfte Vermögenspräſtation, ſomit auch für den mit der poena coincidirenden Schadenerſatz nicht einen concreten Maaßſtab der Summenbeſtimmung zu ſetzen, ſo daß das Quantum der Straf- und Schadenerſatz-Leiſtung nach dem Betrage der von dem Geſchädigten in concreto erlittenen Einbuße von dem Richter zu bemeſſen und demgemäß dieſer letztere Betrag für jeden einzelnen Fall beſonders zu eruiren wäre, als vielmehr für Strafe und Schadenerſatz einen abſtracten Maaßſtab zu ſetzen, ſo daß nach einem von der wirklich erlittenen Einbuße unabhängigen, ein für alle Mal gegebenen Anſatze jene Vermögenspräſtation ziffermäßig ſich fixirt, gleichgültig ſomit, auf wie hoch der von dem Betroffenen etwa erlittene Schaden in concreto ſich beziffert; endlich viertens durch die Maxime, da, wo ſolcher abſtracte Maaßſtab ein relativer iſt, als die Einheit, nach welcher die Summe der betreffenden Vermögenspräſtation von dem Richter zu berechnen iſt, den Preis: das pretium rei oder quanti res est des betreffenden Rechtsobjectes zu ſetzen und damit jener Berechnung einen durchaus objectiven Maaßſtab unterzulegen, den ſubjectiven Maaßſtab des Werthes dagegen: der utilitas oder des quanti interest durchaus fern zu halten.

Der erſte jener Sätze des rigor, das ſchadenfähige Verhalten als Delict zu behandeln und dementſprechend mit einer poena zu belegen, tritt, wie bemerkt, außerhalb der Sphäre des Civilrechts-Delictes zu Tage und bekundet ſich hier in einem ganz eigenthümlichen Rechtsgebilde: dem Civilproceßdelicte und zwar insbeſondere der temeritas litigii, welche ſelbſt wiederum zu zahlreichen, in § 78 feſtzuſtellenden Individual-Erſcheinungen im römiſchen Rechte ausgebildet worden iſt. Dagegen die letzten drei jener Sätze gewinnen ihre Beſtätigung in den bezüglich dieſes Civilproceßdelictes gültigen Ordnungen, finden aber auch bereits innerhalb der Sphäre des civilrechtlichen Eigenthumsdelictes eine ſcharfe und deutliche Ausprägung. Denn ſo bekundet ſich hier zunächſt der zweite der obigen Sätze darin, daß neben der actio poenalis das alte Recht eine reiperſecutoriſche Klage nicht giebt oder, richtiger geſagt, daß innerhalb jener Sphäre der rigor überhaupt keine reinen actiones poenales, als vielmehr lediglich

actiones mixtae kennt,[843]) während wiederum der dritte und vierte jener Sätze bei solchen Delicten darin sich ausprägen, daß ein abstracter Maaßstab für Fixirung der Condemnations-Summe solcher actio mixta vielfach gesetzt wird und zwar ebensowohl ein absoluter Maaßstab, wo somit jene Summe von dem Gesetze selbst in Cardinalzahl ausgeworfen ist, so bei den Klagen der XII Taf. wegen os servo fractum auf 150 Aß[844]) und wegen Abhauens fremder Fruchtbäume auf 25 Aß für den Baum,[845]) als auch ein relativer Maaßstab, wo, indem das Gesetz in Proportionalzahl, somit nach Procenten jene Summe fixirt, zugleich das pretium des corpus delicti, nicht aber die Summe des verletzten Interesse als die Rechnungs-Einheit solcher Proportion zu Grunde gelegt wird, wie solches der Fall ist bei den Klagen der XII Taf. auf resp. quadruplum oder triplum oder duplum wegen Wucher, furtum conceptum, oblatum und nec manifestum, bei der actio furti ope consilio facti, de tigno iuncto und de rationibus distrahendis,[846]) nicht minder aber auch bei den Klagen

843) Nicht nur waren die Klagen wegen damnum iniuria datum zu allen Zeiten mixtae, sondern auch die actiones furti wurden erst zu Ausgang der ersten Periode durch Schaffung der cond. furtiva zu reinen actiones poenales: A. 1750. Allerdings absorbirt auch in ältester Zeit die a. furti die rei persecutio insofern nicht vollständig, als daneben die rei vindicatio gewahrt blieb; allein dies unterfällt wiederum einem ganz anderen Gesichtspunkte und steht deshalb mit dem obigen Satze in keinerlei Widerspruch: denn die vindicatio rei wider den Dieb setzt voraus, ebenso daß der Bestohlene Eigenthümer des corpus delicti ist, sowie daß der Dieb dasselbe weder veräußert, noch vernichtet hatte.

844) Gai. III, 223. Paul. ad Ed. de Ini. (Collat. II, 5, 5).

845) A. 813. Analog ist die actio iniuriae auf 25 Aß.

846) Für die Diebstahlsklagen wird bei Plaut. als Einheit der Condemnationssumme das quanti res est, nicht aber das quanti interest anerkannt, nämlich in Curc. V, 2, 20 fg.: ego quidem pro istac (sc. ancilla) rem solvi ab tarpessita meo, quam ego pecuniam quadruplicem abs te et [ab] lenone auferam, wo mit der a. furti nec manifesti auf duplum wider den leno und mit der a. furti ope consilio facti auf duplum wider den Angeredeten gedroht wird: vgl. Voigt im Rhein. Mus. 1872. XXVII, 168 fg. dann ferner in Poen. I, 5, 56: dupli tibi auri et hominis fur leno siet; III, 1, 61: id duplicabit omne furtum; V, 6, 14: duplum pro furto mihi opus est, wozu vgl. S. 84. Wegen der späteren Rechtswissenschaft vgl. § 124 unter III. § 142 unter IV. — Wegen der a. ope, consilio furti facti vgl. A. 769. Die a. de tigno iuncto und de rationibus distrahendis sind be-

aus den verschiedenen Capiteln der lex Aquilia, insofern solche auf quanti ea res fuerit sich richten.[847])

Was nun das Civilproceßdelict[848]) betrifft, so besteht dessen Weseneigenthümlichkeit darin, daß die rechtsverletzende Handlung des Deliquenten wider den Verletzten als Widerrechtlichkeit in Bezug auf die Civilproceßmittel sich qualificirt, sei dies ein unrechtmäßiger Gebrauch von solchen Proceßmitteln, sei es eine Verletzung der durch das Civilproceßrecht auferlegten Verpflichtungen. Und zwar wird solches Civilproceßdelict ebenso von dem honorarischen Rechte aufgestellt, so die calumnia,[849]) die alienatio

---

sonders qualificirte Diebstahlsklagen; vgl. wegen der letzteren insbesondere Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 20), Paul. sent. rec. II, 30, 1. Bei der Klage wegen Wucher lag dem quadruplum die nämliche Einheit zu Grunde, wie bei der a. furti: Cat. RR. I prooem. § 1.

847) Bei den actiones leg. Aquiliae concurriren zwei, resp. drei Momente: a. die Einheit der Klagsumme ist bei diesen Klagen von Alters nicht das quanti interest, sondern das quanti res est: A. 773. 433; b. in Bezug auf die Würderung des Vermögensschadens ist bei a. damni iniur. dati ein anomaler, dem Beklagten günstiger Zeitpunkt vorgeschrieben: § 72 unter 2 b; c. die Klagen sind mit der poena iniustae infitiationis bewehrt: A. 871.

848) Daneben steht als zweite Unterart des Proceßdelictes im Allgemeinen das Criminalproceßdelict, welches im Criminalprocesse begangen und meist auch mit publica poena bestraft wird und dessen besondere Vorkommnisse sind die praevaricatio, tergiversatio und calumnia: Marcian. ad S. C. Turpil. (D. XLVIII, 16, 1. pr.): accusatorum temeritas tribus modis detegitur et tribus poenis subiicitur: aut enim calumniantur aut praevaricantur aut tergiversantur. Vgl. Raspe, Verbr. d. Calumnia 4 fg.

849) Calumnia ist der dolose Mißbrauch gewisser Prozeßmittel, begangen dadurch, daß eine Partei dieselben ebenso in einer ungerechten Sache, als auch in der Absicht benutzt, dadurch der als ungerecht erkannten Sache den Sieg zu erringen: Gai. IV, 178: qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis; Glossar in Sitzungsber. d. Akad. d. Wiss. zu München 1870. 200: calumpnia id est falsi criminis accusatio vel iurgium alienae litis. Unde calumpnior, aris id est reprehendere, falso accusare; Paul. Sent. rec. I, 5, 1. Cic. p. Mil. 27, 74 u. a. m., in welchen beiden ersteren Stellen jedoch die Beziehung auf den actor allein zu beschränken ist; vgl. auch Gai. IV, 162. 444. 474a, sowie Raspe a. O. 125 fg. Als Civilprozeßdelict ist die calumnia honorarisch, als Criminalproceßdelict wenigstens bezüglich der accusatio calumniae civil. Die civilproceßrechtliche calumnia wird reprimirt theils prohibitorisch und zwar ebenso gegenüber dem Kläger im weiteren Sinne (d. h.

iudicii mutandi causa facta, das ius dicenti non obtemperare, das dolo malo non edere rationes, das parentem, patronum contra edictum praetoris in ius vocare (A. 1866), das fideiussorem non recipere a parente, patrono, (A. 1893), das dolo malo facere, ut desinat habere oder quominus apud aliquem res sit (A. 938), das dolo malo facere, quominus a praetore in possessionem missus admissus non sit u. a. m., wie auch von dem ius civile, und so zwar nach Justinian in Nov. 112 c. 3 die civilprocessualische tergiversatio und nach demselben im Cod. VIII, 37, 4 die Veräußerung der res litigiosa Seitens des Beklagten, nach Constantin im C. Th. IV, 5, 1 die Cession der actio mota Seitens des Klägers, nach einem edictum Augusti in fr. de Jur. fisc. 8. die Veräußerung des litigiösen Immobile Seitens des Klägers,[850] nach der lex Licinia die rei alienatio iudicii communi dividundo evitandi causa,[851] nach dem S. C. Juventianum das facere, quominus possideat,[852] endlich nach den XII Tafeln das iudicem litem suam facere,[853] wie die temeritas litigii.

Die temeritas insbesondere nun ist der Mißbrauch gewisser Proceßmittel, begangen dadurch, daß eine Parthei dieselben in einer ungerechten Sache benutzt.[854] Denn gleich wie bei der

---

mit Einschluß dessen, der eine persecutio anstrengt, wie z. B. operis novi nuntiatio, cautio damni infecti), als auch gegenüber dem Beklagten: durch iusiurandum de calumnia, theils pönal gegenüber dem Kläger durch a. calumniae auf resp. $^1/_{10}$ oder bei Interdicten $^1/_4$ des Klagpetitum: Gai. IV, 174—176. 178. 163. Diocl. et Max. im C. Herm. V, 3. Val. Grat. et Valent. im C. Th. IX, 19, 4. § 1. J. Just. IV, 16, 1. vgl. Valent et Marc. in Nov. Mart. I, 1. § 7, theils endlich insbesondere durch die a. adversus mulierem, quae ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicitur. Daneben tritt überdem die a. de pecunia calumniae causa accepta.

850) Vgl. Francke, Her. Pet. 80 fg.

851) Marc. 14 Inst. (D. IV, 7, 12) und dazu J. T. Schön, de poena leg. Licin. Lips. 1771. Bachofen, ausgew. Lehren 82 fg. Francke, a. O. 53 fg.

852) Dig. V, 3, 20. §. 6. vgl. A. 938.

853) Vgl. Keller, Civ. Pr. A. 823. An Stelle der Rechtsordnung der XII Taf. trat später die a. si iudex litem suam fecerit.

854) Temeritas im vulgären Sinne ist das blindlings, aufs Gerathewohl Handeln: Curtius, gr. Etym. 496 fg. Serv. in Aen. IX, 329: temere] significat sine causa; und ebenso 375. Anderweite Bedeutungen s. bei Serv. cit. Charis. J. Gr. II. p. 222 K., Papias Vocab., Fronto Diff. Voc. pr. 275 Nieb. (wo jedoch die definientia zu den falschen definienda gestellt

calumnia, so wird auch der Thatbestand der temeritas nicht durch den Mißbrauch eines jeden, sondern nur gewisser Proceßmittel consummirt, indem vielmehr von ältester Zeit her das Recht in dieser Hinsicht eine zwiefache Beschränkung des Thatbestandes aufstellt, in der Richtung nämlich, daß zum Thatbestande der temeritas im technischen Sinne theils bestimmte Proceßmittel erfordert wurden, deren ungerechte Verwendung allein solche Relevanz gewinnt, theils aber auch bezüglich gewisser Proceßmittel sogar die actiones im Einzelnen bestimmt waren, bei denen allein die ungerechte Verwendung jener die temeritas begründete. Und zwar sind jene Proceßmittel im ältesten Rechte beschränkt auf das sacramentum der leg. actio Seitens beider Parteien, die Anstellung des iudicium contrarium, das succipere gewisser actiones Seitens des Beklagten, die infitiatio ferner bei gewissen Klagen Seitens desselben, sowie die vindiciae latio Seitens der Parteien, wozu dann späterhin ebensowohl neue Unterarten gefügt wurden, so namentlich in der sponsio und

---

sind). Im Sacralrecht bezeichnet temerare technisch die unüberlegte Vollziehung eines sacralen Actes: Serv. in Aen. III, 178. Paul. Diac. s. v. p. 365. und so wird auch temere in Bezug auf das ius humanum verwendet von Ulp. 64 ad Ed. (D. XLII, 6, 1. § 17), Marc. ad S. C. Turp. (D. XLVIII, 16, 1. § 10), Symm. Ep. X, 70. Der technische Begriff von temeritas im ius civile ist aber der obige, welchen bekundet Gai IV, 178: si causam non tenuerit (sc. actor), licet (i. e. etiamsi) aliqua opinione inductus crediderit se recte agere; Pap. 9 Resp. (D. XXXI, 1, 78. § 2): si ratio litigandi non fuit; J. Just. IV, 16. pr. (aus Gai. IV, 171): facile ad litigandum procedere. So findet sich temere negare, petere, litigare, in iudicium vocare bei Gai. IV, 13. III, 222. IV, 171 fg. Ulp. 5 de Off. Proc. (D. V, 1, 79. pr.), sowie temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur in Inst. Just. IV, 16 pr. Von der calumnia unterscheidet sich die temeritas dadurch, daß während die erstere ebenso Dolus, wie einen bestimmten animus erfordert (A. 849), für die letztere Beides nicht erfordert wird: Gai. IV, 178. Demnach ist die privatrechtliche calumnia nur eine durch das honor. Recht besonders qualificirte Unterart der temeritas, wie solches auch bestätigt wird durch Paul. 5 Sent. (D. XL, 12, 39. § 1): calumnia eius, qui temere controversiam movit; vgl. Marc. ad S. C. Turp. (D. XLVIII, 16, 1. § 5): quaeri possit, si ita fuerit interlocutus: „Lucius Titius temere accusasse videtur“, an calumniatorem pronuntiasse videatur. Et Papinianus: temeritatem facilitatis veniam continere et inconsultum calorem calumniae vitio carere et ob id hunc nullam poenam subire oportere.

restipulatio poenalis der lex Silia und lex Aebutia und in der litiscontestatio bei condictio der lex Calpurnia, wie auch anderntheils die Zahl der bei gewissen Proceßmitteln relevanten Klag-Individualitäten vermehrt wurde (§ 78).

Entsprechend nun dem Character des Delictes war die temeritas mit einer Strafe belegt, welche, abgesehen von der sacra poena des iniustum sacramentum, eine privata war. Allein im Uebrigen ist die temeritas, gleich mehrfachen anderen Civilproceßdelicten, regelmäßig nur unvollkommen als Delict entwickelt, insofern dieselbe von Alters her nicht eine eigene actio poenalis begründet, vielmehr nur als Incidentpunkt in und mit dem Hauptprocesse selbst zur Erledigung und Entscheidung gebracht wird. Lediglich in späterer Zeit adoptirt das prätorische Edict für die temeritas, welche durch ungerechte Anstellung gewisser Klagen begangen wird, die andere Maxime, auf Zahlung der poena eine eigene neue Klage: eine a. contraria zu geben; denn so wird wegen der temeritas, welche consummirt wird durch ungerechte Anstellung der actiones iniuriarum, sowie adversus mulierem, quae dicitur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse, ingleichen adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus a praetore in possessionem missus admissus non sit, wie des interdictum adispiscendae possessionis u. a., dem mit solcher Klage Belangten wider den Hauptkläger eine eigene actio temeritatis in der Form einer der Vorklage entsprechenden actio contraria oder eines iudicium contrarium gegeben (A. 866. 867).

Sodann aber ist ein weiteres characteristisches Merkmal der temeritas darin gegeben, daß solches Delict nur auf den obbezeichneten objectiven Thatbestand, nicht aber auch auf den subjectiven Thatbestand einer Verschuldung des Deliquenten, sei dies Dolus, sei es Culpa gestützt ist, ein Moment, welcher solches Delict namentlich im Gegensatze zum Civilrechtsdelicte, wie zur calumnia kennzeichnet (A. 854).

§ 78.

Die Unterarten und Strafen der temeritas litigii.

Die temeritas als Civilproceßdelict ist im Verlaufe der röm. Rechtsentwickelung in acht verschiedenartigen Erscheinungsformen

ausgebildet worden, je nach der Verschiedenheit nämlich des dieselbe begründenden Thatbestandes. Diese Thatbestände aber sind

1. iniusta legisactio, die beiden Vorkommnisse umfassend von
   a. iniustum sacramentum, nach den XII Tafeln geahndet mit einer poena von 500 Assen bei Streitobjecten im Werthe von 1000 Assen oder darüber, dagegen mit einer poena von 50 Assen bei Streitobjecten im Werthe unter 1000 Assen, wie bei causae liberales,[855]) somit dort bedroht mit einer Maximalstrafe von 50 %, hier mit einer Minimalstrafe von fast 5 %;
   b. iniusta sponsio und restipulatio poenalis der lex Silia bei certi condictio, mit einer Strafe von 33 1/3 % des Klagobjectes belegt.[856]) Hieran schließt sich an als ein der leg. a. paralleler Act des Formularprocesses
   c. iniusta sponsio und restipulatio poenalis der lex Aebutia bei certi condictio mit einer Strafe von 33 1/3 % und bei a. de pecunia constituta mit 50 % bedroht,[857]) ingleichen des Interdictenprocesses, wo die poena wohl ebenfalls 33 1/3 % betrug, aber der Werth des Proceßobjects vom Prätor gewürdert wurde.[858])
2. Iniusta actio[859]) und zwar

   A. auf Seiten des Beklagten: durch suscipere iniustam

---

855) Gai. IV, 14. 15.

856) Keller, Civ. Pr. § 18, sowie unten § 98.

857) Gai. IV, 13. 171. Cic. p. Rosc. com. 4, 10. 5, 14.

858) Gai. IV, 165—167. Nach Schmidt, Interd. Verf. 302 fg. soll der Prätor nach eigenem Ermessen die Höhe der poena ohne Weiteres bestimmt haben. Allein eine solche Unbeschränktheit ist doch dem alten Processe fremd; weit näher liegt daher die obige Annahme, die ihre Analogie findet darin, daß der Prätor ebenfalls das nicht in baar Geld bestehende Object zu würdern hat bei leg. a. sacram. und bei a. de pecunia constituta; ja analoges findet sich doch auch im Injurienprocesse: Gai. III, 224.

859) Zu den beiden Classen unter 2 und 3 vgl. Sell in Sell's Jahrb. II, 1 fg. 175 fg. Huschke in Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. XIII, 256 fg. Rudorff das. XIV, 9 fg. — Beachtenswerth ist der von Sell S. 5 gelieferte Nachweis, daß die Quellen insofern incorrect sich verhalten, als sie den Unterschied der obigen beiden Classen unter 2 A und 3 nicht immer gehörig beachten; vgl. im Besonderen A. 862. 865.

actionem. Diesfalls wird die temeritas nur gegenüber gewissen Klagen bedroht, nämlich bei

a. actio auctoritatis von den XII Taf. mit Strafe von 100 %, und
b. actio fiduciae cum amico ebenfalls von den XII Taf. mit Strafe von 100 %;[860])
c. actio redhibitoria wegen verweigerter stipulatio duplae bei Marktverkauf der Sklaven von dem ädilicischen Edicte nach dem Vorbilde der a. auctoritatis mit Strafe von 100 % bedroht;[861])
d. actio depositi in turba etc. dati, von dem prätor. Edicte nach dem Vorbilde der a. fiduciae cum amico mit Strafe von 100 % geahndet;[862])
e. actio legati ad pias causas, von Justinian mit einer Strafe von 100 % belegt.[863])

B. Auf Seiten des Klägers: durch movere iuiustam actionem. Diesfalls wird die temeritas der Klagerhebung ebenfalls nur bei gewissen Klagen bedroht, nämlich bei

a. iudicium contrarium des vindex im Legisactionen-

---

860) Paul. sent. rec. II, 17, 3. Nerat. 6 Membr. (D. XXI, 2, 48). — Paul. l. c. II, 12, 11: ex causa depositi lege XII tab. in duplum actio datur; vgl. A. 253. 1497. Es ist hierbei wohl zu beachten, theils daß Paul. nicht sagt: lege XII tab. in duplum actio depositi datur, theils daß in dem römischen Rechte der Westgothen fiducia oder pignus depositum das pignus, dahingegen pignus die hypotheca bezeichnet (Thl. II, 940 fg.), so daß, selbst wenn Paul. schrieb: ex causa fiduciae cum amico lege XII tab. in duplum actio datur, eine Interpolation unabweisbar war, weil die fiducia cum amico im westgothischen Rechte ein Unding ist. Im Uebrigen erkenne ich gegenüber der zutreffenden Bemerkung von Ubbelohde den. Realcontr. 41 an, daß diese Klage nicht auf dem Gesetze über die poena infitiationis betreffs der Mancipation, sondern auf einem eigenen Gesetze beruhte; daher haben die XII Taf. sicher auch ausgesprochen, daß ex causa fiduciae cum creditore in simplum actio datur.

861) Edict in Dig. XXI, 1, 25. § 9 und dazu Gai. 2 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 45), Paul. 5 ad Sab. (D. XXI, 2, 2); vgl. A. 1361.

862) Edict in Dig. XVI, 3, 1. § 1, Nerat. 2 Membr. (D. XVI, 3, 18), Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 4), Modest. 2 Differ. (Collat. X, 2, 7), J. Just. IV, 6, 17. 23. 26. Theoph. in h. l. Vgl. A. 860.

863) Cod. I, 3, 46. § 7. Inst. IV, 6, 19. 23. 26. 16, 1. III, 27, 7. vgl. Marezoll in Ztschr. f. Civ. R. V, 98.

prozesse gegenüber denjenigen Vorklagen, welche in Form der leg. a. per man. iniect. iudicati oder pro iudicato gekleidet sind, mit 100 %;[864])

b. iudicium iudicati und depensi contrarium im Formularprozesse mit 100 %;[865])

c. bei einer Anzahl honorarischer Delicts-Klagen, so bei a. iniuriarum mit 10 %, bei a. adversus mulierem, quae dicitur ventris nomine in possessionem missa

---

864) Solches duplum folgere ich aus A. 865 und dasselbe wird auch angenommen von Keller, Civ. Pr. A. 249, der jedoch mit Unrecht als Belege anzieht Gai. IV, 171. Cic. p. Flacc. 21, da Beide gar nicht auf die leg. a. sich beziehen; vielmehr liegt ein directes Zeugniß nicht vor. — Keller A. 251 statuirt solches duplum auch gegenüber der leg. a. per man. ini. puram: allein ich habe durchaus keine Andeutung dafür in den Quellen gefunden. — In dem Provinzialprocesse fiel die leg. a. zwar hinweg, allein das iudicium contrarium gegenüber der entsprechenden Vorklage ward gleichwohl rücksichtlich der dupli poena gleich behandelt, und nur die Nothwendigkeit des vindex entfiel, wie solches Cic. p. Flacc. 21, 49 ergiebt.

865) Gai. IV, 9. 171. Paul. sent. rec. I, 19, 1 und wegen a. depensi insbesondere Gai. III, 127, wozu vgl. A. 859. Beide Vorklagen sind die einzigen, die nach Gai. IV, 25. bis zur Aufhebung der leg. a. per man. iniect. noch in Form der manus iniectio iudicati und pro iudicato geführt wurden, daher es berechtigt ist, solche jene duplicatio als das Residuum einer bei letzterer Legisaction früher allgemein gültig gewesenen Ordnung aufzufassen. — Gai. IV, 9. 171. Paul. cit. und mit ihnen die citirten Sell, Huschke, Rudorff und Keller § 58 unterstellen das obige Vorkommniß der Kategorie des litem infitiando crescere in duplum; dies ist dann correct, wenn man einestheils die Parteirollen in der Vor- oder Hauptklage als maaßgebend ansieht: denn der Kläger des iudicium contrarium ist Vorbeklagter; und wenn man anderntheils das revocare in duplum dem infitiari actionem subsumirt. Allein Beides ist bedenklich, weil hier die Quellen beiderlei Defensionsmodalitäten ausdrücklich unterscheiden, dort aber die Quellen ein eigenes und neues iudicium, somit eine neue Vertheilung der Parteirollen anerkennen: durch das movere iudicium contrarium wird der Vorbeklagte in Wahrheit Widerkläger und gerade das movere iudicium contrarium führt die duplicatio herbei. Schlechterdings falsch aber wird diese Auffassung für den Legisactionenprozeß, wo der Vorbeklagte und der Widerkläger (vindex) ganz verschiedene Personen sind. — Durch meine obige systematische Auffassung wird der Widerspruch fern gehalten zwischen Paul. sent. rec. I, 19, 2: ex his causis, quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest, und Afric. bei Gell. XX, 1, 46: erat — ius interea (d. h. nach Anstellung der a. iudicati) paciscendi.

dolo malo ad alium possessionem transtulisse und adversus eum, qui dolo malo fecerit, quo minus a praetore in possessionem missus admissus non sit mit 20 %, wo allenthaben solche poena in Form einer eigenen actio contraria wider den sachfälligen Kläger eingeklagt wurde;[866])

d. beim interdictum adipiscendae possessionis, dafern der siegende Kläger in dem darauf folgenden restitutorischen oder exhibitorischen Interdicte unterlag, mit 100 % des Besitzobjectes und der omnis causa, wo ebenfalls solche poena durch ein eigenes iudicium contrarium: das iudicium Calpurnianum wider den dort unterliegenden Kläger eingeklagt wurde.[867])

3. Iniusta infitiatio, wo die temeritas nur gewissen Klagen gegenüber, durchgehends aber mit Strafe von 100 % belegt wird und zwar bei
   a. Klage aus dem Nexum nach den XII Taf.;[868])
   b. Klage aus der lex mancipii nach den XII Taf.,[869]) aber nach Maaßgabe der Klage aus dem Damnationslegate nur dann, wenn die Klage auf certum sich richtete (A. 870);
   c. Klage aus dem Damnationslegate auf certum, welche nach Aufkommen des testamentum per aes et libram von der Interpretatio durch Unterordnung solchen Legates

---

866) Gai. IV, 177—181. In IV, 174 unterstellt derselbe dies iudicium contrarium dem Gesichtspunkte einer Repression der calumnia des Vorklägers; allein daß hier calumnia nicht streng correct gesagt, vielmehr temeritas anzunehmen ist, ergiebt mit vollster Bestimmtheit IV, 178.

867) Gai. IV, 170 nach der Restitution von Huschke, Jurispr. Antei. wonach jedoch nur die omnis causa, nicht aber die res principalis verdoppelt ward, was ich für irrig halte.

868) Cic. de Off. III, 16, 65: cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret; vgl. A. 239. Huschke a. O. 264 fg.

869) Cic. in A. 868 cit. Paul. sent. rec. I, 19, 1. II, 17, 4; vgl. A. 463. 1168. Sell a. O. 20. Rudorff a. O. 429 stellen diesen Fall in die Classe unter 2 A: die Nichterfüllung jeder bei der Mancipation übernommenen Verbindlichkeit soll schlechthin zur Prästation des duplum verpflichten. Allein dieser Satz steht ebenso mit den Quellen in Widerspruch, wie er unerwiesen geblieben ist.

unter die lex mancipii geschaffen (A. 1169) und so nun auch der poena temeritatis unter b theilhaft wurde;[870])

d. wohl bei a. depensi der XII Tafeln (s. A. 1167);

e. bei den actiones legis Aquiliae.[871])

4. Widerrechtliche Nicht-Restitution des in ungerechter Streitsache übernommenen Prozeßbesitzes, welche temeritas bedroht ist

a. bei vindiciae latio in der leg. a. sacramento mit poena von 100 % der res sammt fructus;[872])

b. bei Uebernahme des Prozeßbesitzes in dem agere per sponsionem mit gleicher poena von 100 % der res sammt omnis causa;[873])

c. bei emtio in der fructus licitatio der interdicta duplicia, mit der poena des pretium emtionis fructuum.[874])

5. Iniusta litiscontestatio, welche als temeritas bestraft wird bei der condictio triticaria des Formularprozesses und so zweifelsohne bereits des Legisactionenprozesses der lex Calpurnia. Die diesfalls eintretende poena temeritatis ist jedoch durchaus singulärer Beschaffenheit: dieselbe besteht darin, daß, indem mit der Litiscontestation die litigiöse certa res oder das incertum sich umsetzt in quanti ea res erit, sonach

---

870) Gai. II, 282. IV, 9. 171. Paul. sent. rec. I, 19, 1. J. Just. III, 27, 7. vgl. Arndts in Glück, Pand. XLVI, 24. A. 54, Voigt, Cond. ob caus. A. 536.

871) Gai. III, 216. IV, 9. 171. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 2, 2. § 1), Paul. sent. rec. I, 19, 1. Diocl. et Max. im C. Just. III, 35, 5. J. Just. III, 27, 7. IV, 16, 1 Nov. 18 c. 8 u. a. m. Diese Klagen unterfielen der leg. a. legis Calpurniae und . resp., aus cap. II, legis Siliae: A. 775.

872) Fest. v. vindiciae p. 376. Gai. IV, 16. 94. Pseudo-Asc. in Verr. p. 191. Im Uebrigen s. § 96.

873) Cic. in Verr. II, I, 45, 115. Pseudo-Asc. in h. l. p. 191. Gai. IV, 91. 94. Paul. 1 Sent. (fr. Vat. 336), Val. Prob. § 5. n. 22; im Uebrigen s. § 106.

874) Gai. IV, 167. — Bei der stipul. pro praede lit. vindic. und fructuaria wird die obige Strafe allerdings durch die Stipulation selbst und gleich als Conventionalstrafe ausgesprochen; allein beide Stipulationen sind doch wiederum necessariae und dies im Besonderen auch bezüglich jener Strafen. Ein ähnliches Verhältniß waltet ob hinsichtlich der stipulatio iudicatum solvi unter 6 a.

in incerta pecunia, damit die Gefahr der casuellen, wie durch des Beklagten culpa in non faciendo herbeigeführten Vereitelung und Beeinträchtigung der Solution nach ihrem ökonomischen Gehalte, welche bisher den Gläubiger traf, fortan dem Letzteren abgenommen und gleich als poena dem Schuldner auferlegt, somit aber, abweichend von der Methode der XII Taf., die poena nicht als Procentzuschlag zu dem quanti res est, als vielmehr als quanti res est selbst gesetzt wird (§ 98).

6. Das Verhalten des Beklagten, es in einer ungerechten Streitsache auf die richterliche iudicatio ankommen zu lassen, welches als temeritas bei gewissen Klagen mit poena belegt wird. Im Besonderen aber fallen hierunter zwei Gruppen von Klagen: theils diejenigen arbitrariae actiones, bei denen in der iudicatio als Strafe eine multiplicative Erhöhung der richterlichen Würderung Platz greift, dafern der pronuntiatio de restituendo vom Beklagten nicht Folge geleistet wird: und dies ist der Fall bei
   a. formula petitoria, wo auf Grund der stipulatio iudicatum solvi die fructus maiores, d. i. das Alterum Tantum der von Abschluß solcher Stipulation an producirten Früchte, als Strafe zu leisten sind (§ 84 unter E);
   b. a. quod metus causa, mit Strafe von 300 % bedroht;
   c. a. adversus eum, qui hominem mortuum in locum purum alterius intulisse dicetur, mit einer unbekannten Geldstrafe bedroht;[875])
   theils diejenigen andersartigen Klagen, bei denen der Solution zwischen Litiscontestation und Urtheil der Effect beigemessen wird, die gesetzlich angedrohte Strafe abzuwenden, und dies ist der Fall bei
   d. a. vi bonorum ademtorum adversus publicanos, mit Strafe von 100 % bedroht;[876])

---

875) Daß diese Klage arbitraria ist, besagt Gai. 19 ad Ed. prov. (D. XI, 7, 7. pr.) und daß sie auf poena pecuniaria ging, besagt das Edict in Dig. XI, 7, 2. § 2; ob jedoch die Strafe in einer Multiplication des quanti res est oder in fester Geldsumme bestand, wird nicht besagt.

876) Edict in Dig. XXXIX, 4, 1. pr.: quod publicanus eius publicani

e. bei den Klagen wegen verweigerter Restitution derjenigen res, die auf Grund eines abgelaufenen Vertrages in die zeitweilige Detention des Beklagten übertragen worden war, durch eine Constitution Zeno's von 484 mit Strafe von 100 % belegt.[877])

7. Die pluspetitio tempore, welche von Zeno mit Verdoppelung der Zahlungsfrist und der Pflicht zur Zahlung der Prozeßkosten, sowie re, loco und causa, welche von Justinian mit Strafe vom triplum des dem Gegner verursachten Schadens belegt ist (A. 1766 fg.).

8. Die Diffession von Beweis-Urkunden Seitens der Parteien in dem Falle, daß in der Darlehnsklage der Kläger den Urkundenbeweis gewählt hat und der Beklagte die solcher Klage entgegengestellte Ausflucht der beschehenen Rückzahlung auf eine producirte Quittung stützt, wo nun einerseits für den Beklagten ebenso die wahrheitswidrige Diffession des chirographum, wie die wahrheitswidrige Vorschützung der exc. non numeratae pecuniae, und andererseits für den Kläger die wahrheitswidrige Diffession der apocha mit einer poena von 100 % belegt ist.[878])

---

nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum — — iudicium dabo; vgl. Gai. ad Ed. praet. urb. (D. XXXIX, 4, 5. pr.). Die Clausel si restitutum non erit findet sich daneben noch zwei Mal, obwohl in anderer Conception im Edicte in Dig. XXXIX, 4, 1. pr. fr. 12. § 1: si damnum iniuria fecerit et id — non exhibetur — iudicium dabo, sowie im Edicte in Dig. IV, 9, 1. pr.: nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo, hier somit ohne Verdoppelung; endlich auch in mißbräuchlicher Verwendung bei Cic. in Verr. II, 12, 31. Diese Ordnung steht diametral entgegen der unter 5, wo zwischen Lit. Cont. und Urtheil die Solution effectlos war. Der Unterschied der obigen Ordnung von der unter 2 A und 3 besteht darin, daß bei der ersteren, nicht aber bei den letzteren die Zahlung zwischen Lit. Cont. und Urtheil das duplum abwendet, so daß das simplum genügt und zur Absolution verhilft.

877) Im C. Just. VIII, 4, 10. und im Auszug das. IV, 65, 33. Zeno selbst bezeichnet den Thatbestand durch impudentia. Mit Unrecht subsumirt Arndts, Pand. § 252, 1. diesen Fall der Selbsthülfe: dafür fehlt ja doch der wesentliche subjective, wie objective Thatbestand.

878) Justin. in Nov. 18. c. 8, wozu vgl. Sell, a. O. 39 fg. Rudorff, a. O. 354 fg. Es will mir jedoch scheinen, als ob Justin. weniger die temeritas, als vielmehr die calumnia habe reprimiren wollen.

§ 79.

Die Stellung im Allgemeinen des rigor gegenüber dem Systeme der aequitas.

Nach § 75 bringt die aequitas das Princip der ungerechtfertigten Vermögensschädigung in verschiedenen Untersätzen und zwar zunächst in der Richtung ebenso des nemo damnum sentire per lucrum alterius, wie des nemo lucrari cum damno alterius debet zur Ausprägung, während wiederum die Durchführung dieser beiden Positionen nach § 76 durch gewisse Rechtsmittel verwirklicht wird, denen theils die Aufgabe zufällt, neben ihren juristischen Hauptfunctionen zugleich jene Postulate der aequitas innerhalb deren ureigensten Gebietes zu vermitteln, theils aber auch die Aufgabe, die betreffenden Untersätze gleichmäßig innerhalb der Sphäre des rigor und der aequitas oder auch innerhalb der Sphäre des ersteren allein durchzuführen, nämlich die a. und exc. doli mali, wie quod met. c., die condictiones ob caus., wie die gegebenen Klagen in ihren Qualificationen als a. de eo quod certo loco, de in rem verso, rescissoria oder restitutoria und als a. utilis ex contractu vel quasi oder ex delicto auf id quod pervenit oder quanto locupletior factus est, endlich beziehendlich auch die a. ex stipulatu.

Alle diese letzteren Rechtsmittel sind indeß dem ältesten Rechte völlig fremd, indem dieselben ausnahmlos einer späteren Zeit ihre Entstehung verdanken; denn dem sechsten Jahrhunderte gehören an die a. ex stipulatu und rescissoria (§ 107), und in den zweiten Abschnitt der ersten Periode fallen die a. und exc. doli mali und quod met. c., die a. de eo quod certo loco und de in rem verso, wie die cond. ob caus. (§§ 118—121), während alle übrigen der obigen Klagen erst aus der zweiten Periode datiren (§ 134). Daher bleibt innerhalb der Sphäre jener Rechtsmittel der rigor des ältesten Rechtes völlig unberührt von den bezüglichen Ordnungen der aequitas.

Was dagegen jene andere Gruppe von Klagen anbetrifft, so fallen darunter einestheils die arbitria der leg. a. per iud. post., denen die Aufgabe zufällt, auch in dem ältesten Rechte die aequitas zur Geltung zu bringen, und die somit, indem sie hier in einer

extensiv beschränkten Beziehung die Rechtssphäre der aequitas ergeben (§ 102), damit im scharf contrastirenden Gegensatz zu dem gesammten übrigen strictum ius treten und das letztere in seiner Arteigenthümlichkeit völlig unberührt und unbeeinflußt belassen; und anderntheils fallen darunter die dingliche Klage per formulam petitoriam und die bon. fid. a., die, selbst wiederum erst dem zweiten Abschnitte der ersten Periode ihre Entstehung verdankend (§ 109. 130), auf dem Gebiete des dinglichen wie des persönlichen Rechtes in manichfachen Beziehungen die Postulate des aequitas zur Geltung bringen. Allein gerade diesen letzteren Functionen solcher beiden Klagspecies stehen wiederum die denselben correspondirenden Klaggebilde des ältesten Rechtes: die vindicatio der leg. a. sacramento, wie die lites und condictiones der leg. a. sacramento und per condictionem durchaus fern, so daß auch nach dieser Richtung hin das älteste Recht den Einwirkungen der aequitas sich verschließt. Denn, was zunächst die leg. a. sacramento in rem anbetrifft, so ist diese, ebenso wie die spätere vindicatio per sponsionem durchaus fremd jener der formula petitoria zufallenden Function ebenso als Schädenklage zu dienen wegen verschuldeter frustratio restituendi oder wegen verschuldeter Vereitelung der Restitution am legalen Leistungsorte oder wegen verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution nach ihrem öconomischem Gehalte, wie auch als Bereicherungsklage zu dienen in Function einer condictio sine causa oder einer Klage auf Restitution der vom Beklagten durch das Vindicationsobject lucrirten Bereicherung (§ 85), indem vielmehr die gesammte Ordnung des richterlichen Officium bei jenen beiden Proceßformen den iudex strict auf das Urtheil über die streitige Eigenthumsfrage an sich beschränkte, dagegen demselben jede Entscheidung über die pecuniären Consequenzen, die aus der Zuständigkeit oder Nichtzuständigkeit solchen Eigenthumsrechtes in concreto etwa sich ergeben, vollständig abschnitt (§ 96). Und nicht minder stehen den der bonae fidei actio zufallenden Aufgaben, als Schädenklage zu fungiren wegen mora solvendi oder accipiendi oder wegen Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte oder wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, ingleichen wegen dolus malus, vis und reticentia, wie wegen Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae, oder

wiederum als Bereicherungsklage zu dienen in Function einer condictio ob causam oder einer Impensenklage oder einer Restitutionsklage auf das durch die res debita gemachte lucrum (§ 86 fg.) von vornherein ebenso die stricti iuris actiones in personam des XII. Tafelrechtes (§ 97), wie auch die condictiones gänzlich fern, indem lediglich bei der condictio triticaria Rechtssätze auftreten, welche zwar gewisse Fälle einer verschuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Inhalte reprimiren, dabei aber doch wiederum ganz eigenartige und von der aequitas abweichende Gesichtspunkte bekunden (98).

So steht daher von Alters her der rigor gleichmäßig in einer durchgehends negativen Haltung den obigen beiden Positionen der aequitas gegenüber, insofern derselbe in keiner seiner Rechtsordnungen die Sätze der Letzteren adoptirt und verwirklicht. Allein gegenüber der ersten Position der aequitas im Besonderen, welche die ungerechtfertigte Vermögenschädigung nach Maaßgabe des Axiomes nemo damnum sentire per lucrum alterius debet reprobirt, ist im Uebrigen solche Stellung des rigor doch wiederum eine zwiefältige, insofern jener negative Gegensatz zur aequitas in gewissen Punkten ein contradictorischer, in anderen Punkten dagegen ein conträrer ist, dort somit in einer rein negirenden Tendenz des Rechtes zu Tage tretend, hier dagegen in der Weise sich kund gebend, daß den Sätzen der aequitas in einem gewissen Parallelismus andere Ordnungen des rigor gegenübertreten, die jedoch selbst von durchaus verschiedenen leitenden Gesichtspunkten ausgehen und bestimmt werden.

Und zwar tritt dieser conträre Gegensatz des rigor zur aequitas darin hervor, daß der erstere selbsteigen eine der letzteren parallele Rechtsordnung aufstellt, dabei aber solche Ordnung von ganz eigenartigem und der aequitas fremdem Gesichtspunkte aus auffaßt und beurtheilt, nach ganz eigenartiger Methode durchführt und detaillirt, wie endlich auch an ganz eigenartig bestimmte Thatbestände anknüpft, daher nun die normirenden Satzungen an sich je des rigor oder der aequitas wesentlich verschiedene, die dadurch normirten Thatbestände aber zwar theilweis in zufälliger Uebereinstimmung die gleichen, theilweis aber auch wiederum ganz andere sind. Und zwar prägt sich solches Verhältniß in der historisch zu Tage tretenden Erscheinung aus, daß jene Parallelord-

nungen je von rigor und aequitas wesentlich verschiedene theoretische Größen oder institutionelle Gebilde ergeben; daß ferner die Sphäre jener Ordnungen eine wesentlich verschiedene ist; und daß somit im Allgemeinen jene Parallelbildungen selbst in ihrer ganzen Structur, wie in ihrer systematischen Stellung innerhalb des Rechtes einander durchaus unähnlich sind und weit weniger in ihrem juristischen Naturell, als vielmehr lediglich in ihrer practischen Tendenz und Wirksamkeit das Merkmal von etwas Verwandtschaftlichem an sich tragen. Diese Ordnungen selbst aber, bezüglich deren solches Correspondenzverhältniß Platz greift,[879]) sind einestheils die von dem rigor mit der Mancipation verknüpfte Verpflichtung einer ipso iure eintretenden Haftung für Eviction (A. 1197), welche, durch selbsteigene Klage: die a. auctoritatis geltend gemacht, in Parallelismus steht mit der von der aequitas an das entgeltliche Veräußerungsgeschäft ipso iure angeknüpften Verpflichtung zur Leistung der stipulatio duplae vel simplae (§ 112); und sodann anderntheils gewisse Unterarten der temeritas litigii, welche zugleich die der aequitas unterfallenden Thatbestände der mora solvendi, wie der verschuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der dinglichen Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte betreffen (§ 97 fg.). Denn in der That wird für diejenigen poenae temeritatis, welche lediglich die eine Proceßpartei und zwar den Beklagten allein oder resp. dessen Vertreter, den vindex treffen: für die poena falsae vindiciae latae bei leg. a. sacramento in rem, wie beim in rem agere per sponsionem, dann für die poena iniustae infitiationis bei der Klage aus dem Nexum, aus der lex mancipii und dem Dammationslegate auf certum, wie bei a. depensi der XII Tafeln und bei a. legis Aquiliae, nicht minder für die poena iniustae actionis susceptae bei a. auctoritatis, wie endlich für die poena iniustae litis contestationis bei cond. triticaria durch solche Androhung wider den Beklagten allein die Beimischung eines reipersecutorischen Elementes auf das Deutlichste bekundet; und indem als solches reipersecutorische Element einzig und allein der Schadenersatz sich anerkennen läßt, so

879) Denn nicht gehört hierher, daß gewisse von der aequitas reprimirte Handlungen bereits nach ältestem Rechte mit Delictsklage verfolgt werden konnten, wie z. B. die vis durch a. iniuriarum; vgl. Keller, Inst. 144 fg.

stellen sich nun jene poenae selbst als Schadenersatz dar von pönaler Qualification und mit pönaler Steigerung. Und dem entspricht auch, daß, indem alle jene poenae, mit Ausnahme der iniustae litis contestationis, in der duplio rei bestehen, die älteste röm. Volksanschauung in der That von der Auffassung bestimmt wurde, daß die duplio rei, somit 100 % der res, den pönal qualificirten und in abstracto veranschlagten Schadenersatz ergebe,[880]) während wiederum die poena iniusti sacramenti, bei der solche reipersecutorische Beimischung gänzlich fehlt, nicht nach Procenten, sondern nach dem abstracten Ansatze von 500 oder 50 Assen bestimmt ist.

Dahingegen über jene Momente hinaus gestaltet sich der Gegensatz des rigor zur aequitas bezüglich der in § 75 dargelegten beiden ersten Positionen rein contradictorisch: es stellt außerhalb der Sphäre der obigen Ordnungen der rigor überhaupt gar keine

880) Vgl. Sell in Sell's Jahrb. I, 188 fg. II, 13. A. 7. So unter den Civilrechtsdelicten bei a. furti nec manifesti, de tigno iuncto, de rationibus distrahendis, furti ope consilio facti, bei den Diebstahlsklagen wider den impubes, und dann bei res litigiosa in sacrum dedicata, ebenso wie bei der Plünderung des Tempelschatzes der Proserpina zu Locri durch Pleminius im Jahre 550: Liv. XXIX, 19, 7. und nicht minder bei der litis aestimatio im crimen repetund. nach lex repet. im C. J. L. I no. 198 lin. 59, bei a. falsi leg. Corneliae nach Modest. 1 de Poen. (D. XLVIII, 10, 32. § 1): si venditor mensuras publice probatas vini, frumenti vel cuiuslibet rei aut emtor corruperit dolove malo fraudem fecerit, quanti ea res est, eius dupli condemnatur; bei a. ex cap. IX leg. Jul. de adult. de damno quaestione servi accusati iniuria dato: Pap. 2 de Adult. (D. III, 6, 9), Ulp. 3 de Adult. (D. XLVIII, 5, 27. pr. § 16), Marc. 1 de Jud. publ. (D. eod. fr. 28), Diocl. im C. Just. IX, 46, 6. Daher ist bei dem quadruplum der Wucherklage und dem triplum der a. furti concepti und oblati das duplum und resp. simplum reine poena. Dagegen nur 50 % setzt die lex Jul. munic. v. 709 im C. J. L. I no. 206 lin. 40 fg.: si is — — — eam pecuniam diebus XXX proxumis — — ei — — non solverit neque satisfecerit, is — — tamtam pecuniam et eius dimidium ei — — dare iubeto inque eam rem is quocunque de ea re aditum erit, iudicem iudiciumque ita dato, uti de pecunia credita [iudicem] iudiciumque dari oportebit, wo jedoch im Klagfalle noch sponsio und restipulatio poenalis mit poena tertiae partis Platz greift. Dagegen von einer Verwechselung von Strafe und Ersatz kann im römischen Rechte gar nicht die Rede sein. — Endlich wegen der poena iniustae sponsionis und restipulationis poenalis, wo fremdländische Anschauungen zu Grunde liegen, vgl. § 99 unter C 1.

Rechtssätze auf, welche in einem Parallelismus mit den entsprechenden Sätzen der aequitas ständen und die von der Letzteren normirten Verhältnisse und Beziehungen nach einer irgend wie correspondirenden Richtung regelten. Vielmehr bietet hierin der rigor und somit das älteste Recht selbst im Vergleiche mit dem jüngeren eine völlige Lücke, die in keiner Weise durch entsprechende Satzungen ausgefüllt ward. Und solches nun ist namentlich der Fall bezüglich der Schädigung durch frustratio restituendi, mora accipiendi, wie durch dingliche Restitution oder Solution an dem nicht legalen Leistungsorte, nicht minder sodann durch dolus malus, vis, Benutzung des error in der Willensbestimmung des Mitcontrahenten und reticentia; wie endlich auch bezüglich der quasicontractlichen Bereicherung vermittelst eines pecuniär indifferenten Erwerbmodus mit vitiöser causa oder vermittelst Delictes oder eines nicht verbindlichen Rechtsgeschäftes, ingleichen durch die vom Debitor auf die res debita aufgewendeten impensae, wie durch das mittelst der res debita erworbene lucrum, oder durch cap. dem. oder absentia.

Endlich dann dem dritten Untersatze der aequitas steht nach § 75 die Position des rigor gegenüber, daß die Klage professionell nur das Vermögensinteresse des Klägers in strenger Einseitigkeit zu wahren und zu schützen berufen ist, und dies zwar nach der doppelten Richtung hin, daß einestheils die Proceßformel, indem sie die actio des Klägers, wie die defensio des Beklagten verlautbart, nur in der actio einen Klaganspruch oder eine civilrechtliche actio zum Ausdrucke bringt, in der defensio dagegen nur die infitiatio des Beklagten, nicht aber eine civilrechtliche actio desselben geltend machen kann, somit aber die solenne Parteirede in iure immer nur einen Rechtsanspruch des Klägers zu dessen aggressiver Geltendmachung, nicht aber auch einen solchen des Beklagten zu defensiver Geltendmachung in sich aufzunehmen geeignet ist;[881])

881) Keller, Civ. Pr. § 36 drückt dies so aus: Die leg. a. konnte nur pura sein. Allein dieser Ausdruck, obgleich glücklich gewählt im Gegensatze zu dem Formularprocesse, ist doch nicht befriedigend: denn das arbitrium der leg. a. per iud. post. ist auch purum und doch kommt dabei der Gegenanspruch, wenn auch nicht ope exceptionis, so doch ipso iure zur Geltung: § 102. Daher ist es besser, mit Cic. p. Rosc. com. 4, 11 zu sagen: die leg. a. des strictum ius ist simplex. — Da es gegenüber der vindicatio nur

und daß sodann anderntheils die Klage das Vermögensinteresse des Klägers allein, insoweit solches durch die behauptete Verletzung des klagbar gemachten Rechtes betroffen ist, nicht aber auch das Interesse des Beklagten nach der Richtung hin zu wahren hat, als solches durch die Anerkennung und Durchführung des Klaganspruchs etwa beeinträchtigt werde. Und diese Sätze des rigor, welche bekundet werden von

Cic. p. Rosc. com. 4, 10: iudicium est pecuniae certae; — ad iudicem hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus;

Sen. de Ben. III, 7, 5: iudicem — formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit;

treten nun im Besonderen darin zu Tage, daß einestheils zur Geltendmachung des Klagerechtes oder der actio im civilrechtlichen-Sinne nur ein einziges Rechtsmittel: die actio im processualischen Sinne gegeben ist, somit aber im Allgemeinen eine exceptio zur Geltendmachung der actio nicht gegeben ist, im Besonderen aber der Gegenanspruch gegen den Klaganspruch selbst wieder durch eine eigene Klage processualisch zur Geltendmachung zu bringen ist;[882]) sowie daß anderentheils der Richter nur über

---

eine einzige legale Form der infitiatio gab: die contravindicatio auf hanc ego rem ex iure Quir. meam esse aio, so daß also die infitiatio: hanc ego rem ex iure Quir. tuam esse nego oder non esse aio das pro confesso esse bewirkte, so ergiebt sich daraus: zuerst daß die contravindicatio durchaus nur die juristische Bedeutung einer infitiatio hatte; sodann daß dieselbe nicht die Bedeutung einer Gegenklage hatte; und endlich daß sonach die vindicatio kein iudicium duplex begründete, wovon denn in der That auch die römische Jurisprudenz gar keine Ahnung hat.

882) Ich halte für richtig die von Jhering, Geist d. r. R. III, 1.² S. 108 fg. aufgestellte, auch von Karlowa, Civ. Pr. 348 adoptirte Ansicht, daß im Legisactionenprocesse die Einrede gegen die Klage, (obwohl mit Ausschluß der Gegenforderung, wo nur a. directa statthaft war) durch a. revocatoria geltend zu machen war, welche selbst in Form des iudicium der leg. a. per iud. post. gekleidet war. Von einem Eingehen auf diesen Punkt ist jedoch hier abzusehen, weil hier nur die obige, unbestrittene Negation von Interesse ist, daß für die Exception nicht eine defensive Legisactionsformel gegeben war. Dagegen die Annahme von Keller, a. O. § 36, daß über die Exception in der leg. a. im Wege entweder einer extraordinaria cognitio des ius dicens oder der Sponsion verfahren worden sei, ist unerwiesen, da, was den letzteren Moment betrifft, Plaut. Rud. V, 3, 24.,

das Recht- oder Unrechthaben der Parteien gegenüber der erhobenen actio zu entscheiden hat, somit aber ohne Weiteres seiner Competenz ein Eingreifen zum Schutze der Interessen des Beklagten auch insoweit versagt ist, als solche im Falle von dessen Condemnation irgendwie beeinträchtigt würden.

Im Uebrigen aber gewinnen die obigen beiden Sätze des rigor, indem sie, wie in § 66 und 75 unter III bemerkt, in der innigsten Beziehung stehen mit den beiden in § 66 dargelegten Positionen des rigor bezüglich der gebundenen richterlichen Cognition, ihre volle Deutlichkeit und Anschaulichkeit erst in ihrer Verbindung mit den letzteren, welche darzustellen Aufgabe der historischen Abtheilung ist (§ 96 fg.).

Drittes Capitel.

Die aequitas und deren einzelne Positionen unterhalb des Princips der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung.

§ 80.

Das Postulat der Ersatzleistung für verschuldete ungerechtfertigte Vermögensschädigung.

Die aequitas knüpft den ersten der in § 75 unter I dargelegten Untersätze: das Verbot des nemo damnum sentire per lucrum alterius debet an einen doppelten wesentlichen thatbeständlichen Moment: theils an den vermögensschädigenden Effect, welchen das nicht als Delict reprimirte Verhalten Jemandes für einen Anderen hat; theils an die Qualification dieses Verhaltens als iniquitas oder, vom Standpunkte der lex lata, als iniuria (A. 809), somit an den Umstand, daß einestheils das Verhalten des Handelnden mit Rücksicht auf den dadurch resultirten schädigenden Effect oder, was dasselbe besagt, daß die durch jenes Ver-

worauf Keller sich beruft, gar keine Beziehung hat zu einer in der leg. a. vorgeschützten Exception; s. Voigt, Bedeutungswechsel A. 55; gegenüber dem ersteren Punkte aber kommt in Betracht Beil. XX A. 66.

halten resultirte Schädigung für den dadurch Betroffenen in ihrem objectiven Thatbestande als ungerechtfertigt sich darstellt, und anderntheils wiederum die mit jenem Verhalten des Schädigenden sich verbindende Willensbestimmung als culpa d. h. als Verschuldung jenes schädigenden Erfolges selbst sich qualificirt.

Was zunächst nun diese Qualification des schädigenden Verhaltens als ungerechtfertigt oder als iniquitas betrifft, so beruht dieselbe einerseits auf der dabei concurrirenden Verschuldung des Schädigers und andererseits auf dem zwiefältigen objectiv thatbeständlichen Verhältnisse, daß jenes Verhalten entweder eine Verletzung gewisser dem Schädiger gegen den Geschädigten obliegender d. h. von der aequitas anerkannter Verbindlichkeiten enthält, oder aber daß dasselbe eine delictähnliche d. h. nicht vom ius, aber von der aequitas als Delict anerkannte und mit reipersecutorischem Effecte bekleidete Verletzung des Geschädigten durch den Schädiger involvirt.

Zunächst aber bei jener ersten Classe von Handlungen, indem dieselbe die Verletzung obliegender Verbindlichkeiten umfaßt, wird das Verhalten des Schädigers relevant vornämlich als ein non facere: als Nichtthun dessen, was die Verbindlichkeit erheischt, nicht minder aber auch als Vereitelung der Möglichkeit von der Erfüllung solcher Verbindlichkeit. Und solchen Thatbestand bezeichnen die Quellen technisch durch eine vierfache Ausdrucksweise, nämlich

zuerst durch facere, quo minus oder ut non fiat, quod fieri oporteat, oder auch: facere quo magis oder ut fiat, quod non fieri oporteat; so in

demonstr. der a. fiduciae; dolo malo fecisti dolove tuo malo factum est, uti non restituatur: Beil. XX § III;

condemnatio der a. de peculio: quodve dolo malo Num. Negidii factum est, quominus in peculio sit: Nerat. 2 Resp. bei Paul. 4 Quaest. (D. XV, 3, 19) vgl. Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 1. § 1. fr. 21);

condemnatio der a. tributoria: quodve dolo malo Num. Negidii factum est, quominus ita tribuatur: Ulp. 29 ad Ed. (D. XIV, 4, 7. § 2);

lex rom. auf der tab. Bant. in C. J. L. I no. 197 lin. 7: fecerit

[g]esseritve, quo [quae fieri oporteat, minus fiant]; vgl. lin. 26;

lex repet. in C. J. L. I no. 198 lin. 70. 71: nec — [facito, quo] minus setiusve fiat; — neive facito, quo quis eorum minus — adesse possit;

lex agr. v. 643 in C. J. L. I no. 200 lin. 9: neive quis facito, quo — [minus habeat]; lin. 11: nei quis facito, quo m[i]nus ei oetantur; lin. 84: [neive quis quid fax-] sit, quo minus — fiat;

lex Anton. de Termess. v. 683 in C. J. L. I no. 204 lin. II, 14 fg.: neive quis alius facito neive inperato, quo quid magis iei dent;

Sent. Minuc. v. 687 in C. J. L. I no. 199 lin. 34 fg.: neive prohibeto, quo minus — sumant;

lex Rubr. um 705 in C. J. L. I no. 205 lin. I, 52: neive quid aliud facito, quo minus — detur;

lex Jul. mun. v. 709 in C. J. L. I no. 206 lin. 71 fg.: neve — saeptum clausumve habeto, quo minus — utatur; lin. 117: neque d(olo) m(alo) fecit, fecerit, quo minus ea rata sint;

lex Jul. de adult. v. 736 bei Paul. 22 Quaest. (D. XLVIII, 10, 14. § 2): dolo malo facere, quominus ad eum perveniat;

lex Jul. et Pap. Pop. v. 4—9 bei Ulp. 7 ad l. Jul. et Pap. (D. XXIV, 3, 64. § 7): si dolo malo aliquid factum est, quominus ad eum perveniat;

S. C. Juvent. v. 129 in Dig. V, 3, 20. § 6: etiamsi — fecerint, quominus possiderent;

Edict. perpet. in Dig. II, 7, 4. § 2: neve faciat dolo malo, quo magis eximeretur; in Dig. IX, 4, 21. § 2: se dolo malo fecisse, quominus esset, wozu vgl. Jul. 22 Dig. (D. IX, 4, 16); in Dig. XLIII, 2, 1. pr.: quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere; in Dig. XLIII, 4, 1. pr.: si quis dolo malo fecerit, quominus quis permissu meo — in possessionem bonorum sit; in Dig. XLIII, 5, 1. pr.: dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse (sc. tabulae testamenti penes te); in Dig. XLIII, 26, 2. pr.: dolo malo fecisti, ut[i] desineres

habere; in Dig. XLIII, 30, 1. pr.: dolove malo tuo factum est, quominus apud te esset;

Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 1, 5): dolo malo feceris, quominus esset;

sodann durch per aliquem fit, quominus fiat, quod fieri oporteat, so in

Stipulation nach Cat. 15 Jur. civ. bei Paul. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 4. § 1); Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 18), 52 Dig. bei Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 6) und bei Scaev. 13 Quaest. D. XLV, 1, 131. pr.); Pomp. 5 ad Qu. Muc. (D. XLV, 1, 111); Gai. 1 ad ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 22); Ulp. 22. 50 ad Ed. (D. XLV, 1, 75. § 7. XLV, 1, 50. pr.), 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 1); Paul. 37. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 49. § 1. 2. fr. 83. pr.), 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 2. § 5);

Testament bei Scaev. 18 Dig. (D. XXXII, 1, 37. § 3);

Cic. ad Att. XI, 12, 2. ad Fam. I, 4, 2. Liv. IX, 5, 3. Ofil. bei Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 18. § 1), Proc. 6 Ep. (D. XVIII, 1, 68. § 2), Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 1, 5), Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 4);

ferner durch per aliquem stat, quominus fiat, quod fieri oporteat,[883]) so z. B. in

Edict. perp. in Dig. XIII, 5, 16. § 2. fr. 18. pr.: neque per actorem stetit, quominus fieret;

Rescr. Severi in Dig. L, 13, 1. § 13., wie Severi und Carac. in Dig. XIX, 2, 19. § 9. XXXII, 1, 38. § 6;

Ter. Andr. IV, 2, 16 fg. Liv. VIII, 2, 2. und die daselbst von Drakenborch Citirten;

Serv. bei Pomp. ex var. lect. (D. IV, 8, 40) und bei Ulp. 77 ad Ed. (D. XXII, 2, 8); Alfen. Var. 2 Dig. (D. XVIII, 6, 12), 3 Dig. (A. 1078) bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33); Lab. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIII, 5, 18. § 1); Sabin. bei Pap. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. § 2); Proc. 5 Ep. (D. II, 14, 36); Cels. 2 Dig. bei

---

883) Der Ausdruck findet sich auch in Beziehungen, wo dadurch eine Rechtsverletzung nicht bezeichnet wird, so bei Tryph. 15 Disp. (D. XIII, 1, 20), wozu vgl. Mommsen, Beitr. III, 5. A. 2.

Ulp. 13 ad Ed. (D. IV, 8, 23. § 1); Jul. 33. 39. Dig. (D. XXX, 1, 84. § 3. fr. 94. § 2); Marcell. 8 Dig. (D. XXVI, 7, 28); Afric. 5. 7. Quaest. (D. VII, 1, 36. § 2. XLIV, 7, 23. XVII, 1, 37); Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. § 2), 19 Dig. (D. XXXII, 1, 38. § 6); Pomp. 6. 9 Ep. (D. XXXIII, 6, 8. XLVI, 3, 92), 9 ad Sab. (D. XLV, 1, 23);

endlich durch per aliquem mora est, quominus fiat, quod fieri oporteat, und zwar nicht allein zur Bezeichnung der Verzögerung einer Leistung, wie in

lex repet. in C. J. L. I no. 198 lin. 24. 26. 35: mora erit, quo minus faciat;

lex vini in doliis vendundi bei Cat. R. R. 148, 1: quot dies per dominum mora est, quo minus vinum degustet;

Sabin. bei Jav. 2 Epist. (D. XLV, 1, 105), Proc. 2 Ep. (D. XLV, 1, 113. pr.), Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIV, 3, 9): per aliquem mora est, quominus fiat;

sondern auch zur Bezeichnung der Vereitelung oder gänzlichen Unterlassung einer Leistung, wie bei

Lab. 2 Post. (D. XXXII, 1, 30. § 5): per mulierem mora non est, quominus cum filio habitet;

Pomp. 32 ad Sab. (D. L, 17, 39): in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quominus fiat (d. h. die Vereitelung der Möglichkeit eines Vorganges wird behandelt, wie der Eintritt solchen Vorganges).

Insbesondere endlich die Vereitelung der Möglichkeit von der Erfüllung einer Verbindlichkeit [884]) wird bezeichnet durch die Clausel factum est, uti non oder quominus fiat, so in der obcitirten demonstr. der a. fiduciae, in der in A. 919 dargelegten taxatio in der cautio iudicialis bei Paul. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 30. pr.) si quid — ad eum pervenit dolove malo eius factum

884) In sachlicher Beziehung vgl. Pomp. 32 ad Sab. (D. L, 17, 39) cit., 9 ad Sab. (D. XVIII, 1, 8. pr.); Ulp. 11 ad Ed. (D. XVIII, 1, 50): ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, quum per emtorem stet, quominus impleatur; vgl. A. 1356 Schilling, Inst. § 256 o. Arndts, Pand. § 69. der jedoch die culpose Vereitelung ausschließen zu wollen scheint.

sit quominus perveniret; oder auch in Breviloquenz durch dolove malo allein, wie in dem Testamente bei Scaev. 18 Dig. (D. XXXII, 1, 37. § 3): per te non fieri dolove malo, — quominus ea mancipia — in potestate esse desiissent.

Die Verletzung an sich aber der obliegenden Verbindlichkeit kann einestheils nach einer dreifachen Kategorie erfolgen: nach der Kategorie der Zeit,[885]) des Ortes und des Objectes,[886]) wie anderntheils in zwiefältigem Leistungs-Nexus: hinsichtlich der dinglichen Restitution, wie der obligatorischen Solution. Und danach nun ergeben sich sechs verschiedene Fälle einer von der aequitas reprobirten Verletzung obliegender Verbindlichkeiten (§ 85. 86), nämlich: frustratio restituendi, wie mora solvendi und accipiendi; Vereitelung der dinglichen Restitution, wie Solution am legalen Leistungsorte; Vereitelung oder Beeinträchtigung der dinglichen Restitution, wie Solution nach ihrem öconomischen Gehalte.

Dagegen die zweite Classe der von der aequitas reprobirten Handlungen umfaßt die Fälle des delictartigen Verhaltens in Geschäftsverhältnissen unter Lebenden, somit also die Handlungen, welche von der aequitas zwar als Delict anerkannt, jedoch nicht mit pönalem, als vielmehr mit reipersecutorischem Effecte bekleidet sind (A. 899).

Für diese Classe aber fehlt es ebenso an einer generellen Terminologie zur Bezeichnung des widerrechtlichen Handelns, wie solche bei der ersten Classe sich vorfindet, als auch an systematischen Kategorieen, aus denen die einzelnen darunter fallenden Species sich ergeben. Wohl aber hat die römische Volksanschauung der zweiten Periode als solche delictartige Handlungen die sechs Vorkommnisse anerkannt (§ 87):

885) Ulp. 6 ad Ed. (D. L, 16, 12. § 1): minus solvit, qui tardius solvit, nam et tempore minus solvitur.

886) Vgl. § 69. Es correspondirt dem die plus petitio tempore, loco und re sammt causa. — Wenn Mommsen Beitr. III, 134. 162 fg. in der mora accipiendi die Verletzung einer Verbindlichkeit Seitens des Gläubigers leugnet, so beruht dies auf irrigen Voraussetzungen: der Gläubiger, dafern er nicht unbedingt, sondern nur auf Zeit die Annahme der Schuld verweigert, verletzt allerdings eine ihm obliegende Verbindlichkeit gegen den Schuldner, da Letzterer nicht wider seinen Willen eine Prolongation sich aufnöthigen zu lassen braucht.

dolus malus (Arglist), wie vis, angewendet zur Beeinflussung der Willensbestimmung des Mitpaciscenten bei Rechtsgeschäften unter Lebenden;

Benutzung des relevanten error in der Willensbestimmung des Mitpaciscenten bei Rechtsgeschäften unter Lebenden;

reticentia bei Abschluß entgeltlicher Verträge, welche eine Veräußerung oder eine Uebertragung von Nutzungsbefugnissen vermitteln;

Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae bei Abschluß entgeltlicher Veräußerungsverträge;

endlich sogenannte laesio enormis bei emtio venditio.

Was sodann den anderweiten thatbeständlichen Moment betrifft, daß mit dem schädigenden und als iniquitas oder iniuria qualificirten Verhalten eine Willensbestimmung des Betreffenden sich verbinden müsse, welche als Verschuldung vom schädigenden Erfolge jenes Verhaltens sich darstelle, so findet derselbe in den Quellen gemeinhin keine besondere Hervorhebung da, wo der Thatbestand vom Verhalten des Schädigers bezeichnet wird durch die typischen Redewendungen: facere oder per aliquem fieri oder stare oder mora est, quominus fiat, quod fieri oporteat, indem hier nur vereinzelt durch den Zusatz dolo malo auf einen concurrirenden subjectiven Thatbestand besonders verwiesen wird. Allein daß innerhalb der Sphäre der aequitas bei jenen typischen Ausdrucksweisen die Concurrenz einer Verschuldung des betreffenden Subjectes stillschweigend vorausgesetzt ist, ergiebt nicht allein die Haltung der Quellen im Allgemeinen,[887]) sondern bekundet auch ex professo

Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 1, 5): quum quaeratur, an per te factum sit (sc. quominus id mihi dares, quod te mihi dare oporteat), animadverti debebit non solum in potestate tua fuerit id nec ne, aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit nec ne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes te dare oportere,

---

887) So Ofil. bei Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 18. § 1), Procul. 6 Ep. (D. XVIII, 1, 68. § 2). Ulp. 38 ad Ed. (D. XXXVIII, 1, 15. pr.), Paul. 5 ad Plaut. (D. XLIV, 7, 45). 37 ad Ed. (D. XLV, 1, 49. § 3).

indem hier als relevante Momente des per aliquem fieri, quo minus det hingestellt werden zuerst das in potestate esse dare necne, somit die Möglichkeit der Leistung, als Vorbedingung der Verschuldung, und die Unmöglichkeit der Leistung, als der Zufall; sodann das dolo malo facere, quo minus des necne, somit der Dolus, als eine Unterart der Verschuldung, und dessen Abwesenheit; wie endlich das aliquam iustam causam esse, propter quam intelligere deberes te dare facere oportere [nec ne], somit bei Abwesenheit des Dolus das Vorhandensein oder die Abwesenheit einer Fahrlässigkeit, bedingt durch die Erkennbarkeit oder Nichterkennbarkeit der Existenz der obliegenden Verbindlichkeit.[888])

Somit wird daher durch die obigen typischen Ausdrucksweisen innerhalb der Sphäre der aequitas ganz allgemein das verschuldete Unterlassen eines Handelns bezeichnet, zu dessen Vornahme das betreffende Subject verpflichtet ist, demnach also nicht lediglich der objective Thatbestand eines passiven Verhaltens in Bezug auf obliegende Verpflichtungen, sondern auch der subjective Thatbestand einer dabei obwaltenden Verschuldung. Lediglich ganz isolirt und punctuell tritt hierin eine Abweichung in den Quellen zu Tage hinsichtlich des Edictes über die pecunia constituta, welches nach Dig. XIII, 5, 16. § 2. fr. 18. pr. lautete: si appareat eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem steterit, quominus fieret, quod constitutum est. Denn hier hat bezüglich dieses per actorem steterit, quominus fieret die spätere Rechtswissenschaft: Pomp. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 18. pr.) und übereinstimmend Ulp. selbst den Satz aufgestellt, daß nicht bloß die mora accipiendi, sondern auch die casuelle Behinderung der Annahme der Solution die a. de const. pecunia ausschließe. Allein in der That handelt es sich in diesem Puncte nur um ein Vorkommniß des in § 49 dargelegten Verfahrens der römischen Jurisprudenz, in gegebenen Fällen nach den Gesichtspunkten sachlicher Angemessenheit mit einem vorgefundenen Worte zu operiren und so nun demselben im einzelnen Falle eine Bedeutung unterzulegen, welche, mit der national-sprachlichen Begriffsbestimmung des Wortes selbst im

888) Vgl. wegen dieser Stelle Mommsen, Beitr. III, 62. 66. fg.

Widerspruch stehend, weder diese letztere Bedeutung selbst verdrängt, noch auch im Rechte über die von den Interpreten ihr angewiesene Beziehung und Sphäre hinausgreift. Und demgemäß hat denn auch jene Interpretation des per actorem stare, quominus fiat des bezeichneten Edictes eine nur punctuelle, nicht aber eine jenen typischen Ausdruck im Allgemeinen modificirende Bedeutung.[889])

Im Uebrigen aber ist die besondere Bezeichnung jener Verschuldung in genere gegeben in dem Worte culpa,[890]) so namentlich in der

constit. Veterum bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 3):
quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem,

welche nach Paul. auf die beiden Fälle sich bezieht der verschuldeten Vereitelung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte: si effecerit promissor, quominus solvere possit, wie der Mora: si moratus sit tantum.

Jenes thatbeständliche Merkmal an sich aber einer Verschuldung des Schädigers enthält das Erforderniß, daß die eingetretene Schädigung als berechenbarer Erfolg zu der dieselbe verursachenden Handlung des Schädigers sich verhalten müsse, so daß daher das in Frage stehende Verbot der aequitas sammt der daran geknüpften Verbindlichkeit zur Schadenersatzleistung da nicht Platz greift, wo die eingetretene Schädigung das Ergebniß des Zufalles, somit entweder gar nicht Folgewirkung vom Verhalten des maaßgebenden Subjectes[891]) oder doch eine unbe-

---

889) Vgl. Mommsen, Beitr. III, 164 fg.; und dann auch A. 764. 925. Dagegen liegt solcher Sachverhalt nicht vor bezüglich der von Mommsen a. O. 167 A. 12 angezogenen, von der Conventionalstrafe handelnden Stellen, wo die Ordnung Platz greift, daß die Strafe nicht verwirkt ist, dafern die Solution ohne Verschuldung des Debitor, somit ohne ein stare per promissorem, quominus solvat unterbleibt: Schilling, Inst. § 259 i; und wenn nun die Quellen als eines der mehreren Vorkommnisse solchen Falles das per stipulatorem stare, quominus accipiat hervorheben, so berechtigt hierbei nichts zu der Annahme, daß dieselben damit auch eine casuelle Behinderung des Gläubigers und nicht bloß die mora accipiendi hätten bezeichnen wollen.

890) Vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 6 fg., sowie oben A. 757 c.

891) So z. B. dafern der geschuldete statu liber vor dem Solutions-

rechenbare Folgewirkung solchen Verhaltens ist, [892]) woneben dann auch die Rechtsgründe für die rest. in integr. des maior XXV annis solchem Zufalle gleichgestellt sind. [893])

Demnach verwirklicht sich jenes Verhältniß der eingetretenen Schädigung, als eines berechenbaren Erfolges, zu der schädigenden Handlung, als der solchen Erfolg resultirenden Veranlassung, in zwiefacher Modalität: theils des Vorsatzes, demnach so, daß der Handelnde solchen Erfolg seiner Handlung in Wirklichkeit erkannte, theils der Fahrlässigkeit, demnach so, daß der Handelnde solchen Erfolg seiner Handlung zwar nicht erkannte, aber bei pflichtmäßiger diligentia zu erkennen und zu berechnen in der Lage war. Und beide Unterarten nun des subjectiven Thatbestandes begründen die hier maaßgebende Verschuldung und zwar die Fahrlässigkeit schlechthin, der Vorsatz dagegen nur dann, wenn er zum rechtswidrigen sich qualificirt. Demnach ist daher ebenso die Verschuldung, wie demgemäß auch die Haftung für die eingetretene Schädigung ausgeschlossen in den Fällen, wo einestheils zwar ein Vorsatz vorliegt, der aber entweder nicht als rechtswidriger sich qualificirt, so z. B. dafern der Verpflichtete im Nothfalle handelte, [894]) oder der als rechtmäßiger sich characterisirt so z. B. weil ein collidirendes Princip der aequitas von der betreffenden Verpflichtung den Schuldner ganz oder theilweise entband; [895]) oder wo andrerseits weder ein Vorsatz, noch eine Fahrlässigkeit vorliegt, weil der Schuldner in einem thatbeständlichen Irrthume bezüglich seiner Verpflichtung sich befand, der tolerabel d. h. auch bei pflichtmäßiger diligentia nicht zu vermeiden war

---

termin die libertas erlangt: Octav. bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XL, 7, 8. § 2) oder der pupillare Gläubiger zu jenem Zeitpunkte keinen Tutor hat: rescr. Anton. Pii bei Paul. de Usur. (D. XXII, 1, 17. § 3).

892) So z. B. dafern der zum Commodat gegebene, nicht mit Hang zum Diebstahle behaftete Sclave den Commodatar bestiehlt: Paul. 22 ad Ed. (D. XIIII, 6, 22).

893) Ulp. 34 ad Ed. (D. XXII, 1, 23. pr.) vgl. Paul de Usur. (D. XXII, 1, 17. § 3).

894) A. 811. 811 a. Vgl. auch Glück, Pand. XIII, 446 fg.

895) So die sanguinis ratio im Falle des beneficium competentiae oder bei Ulp. 51 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 3); dann bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XIII, 7, 24. § 3). Im Allgemeinen vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 58 fg.

und so nun die Möglichkeit der Erkenntniß vom schadenfähigen Erfolge der Handlung ausschloß.[896])

Im Uebrigen fällt die Verhaftung wegen Fahrlässigkeit ganz hinweg, so daß nur die Verschuldung durch dolus die Verpflichtung zum Schadenersatze begründet, in den Fällen der Vereitelung der Restitution oder Solution am legalen Leistungsorte, des dolus malus (Arglist), der vis und der Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae, sowie bei der einen Gruppe der Fälle von verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte (§ 86 unter III A 2), während wiederum eine verschiedene juristische Verhaftung wegen der verursachten Schädigung an die Verschiedenheit von Vorsatz und Fahrlässigkeit nur geknüpft ist bei reticentia (§ 87), sowie bei Vereitelung oder Beeinträchtigung der dinglichen Restitution oder Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, wo der Dolus namentlich die Zulassung des Gegners zum iusiurandum in litem zur Folge hat (A. 978. 1033).

Mit jenen Thatbeständen der verschuldeten Vermögensschädigung des Mitinteressenten durch ein eine iniquitas involvirendes Verhalten verknüpft sich nun consequenter Weise die Verpflichtung des Schädigers zum Schadenersatze: denn weil die durch jene Thatbestände resultirte Schädigung als ungerechtfertigt: als iniquitas sich qualificirt, so ist es einfache Consequenz, daß solche iniquitas wieder beseitigt werde, was nun regelmäßig im Wege

896) Solche Fälle sind vorausgesetzt bei Jul. 17 Dig. (D. L, 17, 63): qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere; Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 1, 5) und dazu A. 888; Ulp. 34 ad Ed. (D. XXII, 1, 21): si amicos adhibendos (s. A. 367) debitor requirat vel expediendi debiti vel fideiussoribus rogandis — mora facta non videtur; Paul. 37 ad Ed. (D. XXII, 1, 24. pr.): si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si iuste ad iudicium provocavit. Dahingegen bezieht sich nicht auf den obigen Thatbestand, sondern auf bona oder mala fides bei der formula petit. Gai. 9 ad Ed. prov. (D. L, 17, 42). Vgl. Mommsen, Beitr. III, 57 fg., wo jedoch in Bezug auf die mora dem Thatbestande von Zufall und Verschuldung, von Dolus und Culpa irrig der Thatbestand der bona und mala fides substituirt ist, welcher hier gar nicht selbstständig in Betracht kommt, sondern nur insofern, als die bona fides zugleich mit dem Mangel der Verschuldung zusammentrifft.

der Schadenersatzleistung beschieht. Lediglich der Thatbestand der Benutzung des relevanten error in der Willensbestimmung des Mitpaciscenten ergiebt eine durchgehende Ausnahme von solcher Ordnung, indem diesfalls an Stelle der Schadenersatzleistung vielmehr die Nichtigkeitserklärung des schädigenden Rechtsgeschäftes eintritt (§ 82).

Jener Schadenersatz selbst aber wird von der Kaiserzeit nach dem Maaßstabe des id quod interest bemessen, demgemäß nun den betreffenden Klagen diese Richtung und Bedeutung untergelegt wird. Dem entsprechend wird daher

I. Der intentio sammt condemnatio der bon. fid. a.: Quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere ex fide bona, eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato (s. A. 775) die sachliche Richtung auf das id quod interest nicht bloß insoweit beigemessen, als die Klage auf Erfüllung von Contract oder Quasicontract sich richtet, welchenfalls somit das Interesse die Geldsumme ergiebt, in welche die Hauptforderung in der richterlichen Condemnation sich umsetzt, sondern auch insoweit, als die bon. fid. a. in einer ihrer achtfältigen Functionen als Schädenklage (§ 86 fg.) auftritt.[897] Und dies nun wird im Einzelnen bekundet für

a. ex emto vendito von Lab. und Nerv. bei Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1); Javol. 2 ex Plaut. (D. XXI, 2, 60); Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 9); Jul. 15 Dig. (D. XXI, 2, 8); Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 30. § 1); Pap. 3. 10 Resp. (fr. Vat. 17. D. XXI, 2, 67), 28 Quaest. (D. XXI, 2, 66. § 3); Ulp. 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. pr.), 32 ad Ed. (D. XIX. 1, 11. § 9); Paul. 5 ad Sab. (D. XIX, 1, 4. pr.), 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 3), 5 Quaest. (D. XIX, 1, 43. XXI, 2, 70), 5 ad Plaut. (D.

897) Das iusiur. in litem, welches bei dolus non solventis Platz greift, richtet sich auf quanti interest: Ulp. 30. 36 ad Ed. (D. XII, 3, 3. 4. pr.); vgl. A. 837. 898. 1033. Bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2): in hac actione (sc. commodati) sicut in ceteris bonae fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur et rei iudicandae tempus quanti res sit observatur, ist quanti res est ein nachlässiger Ausdruck anstatt quanti interest.

XVIII, 1, 57. § 1); Alex. im C. Just. IV, 39, 6. VIII, 45, 9. Diocl. daf. IV, 49, 4. 10. 12. IV. 51, 3. IV, 52, 5. VII, 45, 8. VIII, 45, 21. 23. 25. Justin. daf. IV, 21, 17;

a. locati conducti von Proc. bei Ulp. 32 ad. Ed. (D. XIX, 2, 15. § 8); Cass. daf. (D. XIX, 2, 19. § 1); Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. pr.); Paul. 2 Sent. (D. XIX, 2, 55. § 2); Typh. 9 Disp. (D. XIX, 2, 8);

a. p. socio von Ulp. 20. 87 ad Ed. (D. XVII, 2, 41. 52. § 10);

a. mandati von Nerat. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 26. § 7); Javol. 8 ex Cass. (D. III, 5, 28); Jul. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 22. § 4); Gai. III, 161. 9 ad Ed. prov. (D. XVII, 1, 27. § 2); Diocl. im C. Just. IV, 35, 16;

a. depositi von Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1, § 43. XII, 3, 3);

a. commodati von Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 1);

a. pigneraticia von Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 7, 9. § 5); Paul. 3 Quaest. (D. LVI, 1, 54); Alex. im C. Just. IV, 24, 5;

a. praescriptis verbis von Pap. 2 Quaest. (D. XIX, 5, 7); Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 1. 2); Gord. im C. Just. IV, 64, 1. Alex. daf. II, 4, 6. Diocl. daf. III, 38, 7. VIII, 45, 29;

a. negot. gest. von Javol. 8 ex Cass. (D. III, 5, 28);

a. tutelae von Marcell. 8 Dig. (D. XII, 3, 8); Ulp. 13. 35 ad Ed. (D. XXVI, 7, 25. 7. pr.); Alex. im C. Just. V, 51, 4. Diocl. daf. 7;

a. rei uxoriae von Paul 36 ad Ed. (D. XXV, 1, 4);

a. fin. regund. von Paul. 23 ad Ed. (D. X, 1, 4. § 1);

a. fam. ercisc. von Paul 23 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 17).

II. Nicht minder wird gleiche sachliche Bedeutung als id quod interest der formula petitoria mit ihrer condemnatio auf Quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato insoweit untergelegt, als jene Klage die Function einer Schädenklage übernimmt, und so zwar

a. wegen verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte von

Pomp. 5 ad Sab. (D. VII, 6, 2); Ulp. 51 ad Ed. (D. VI, 1, 68); Paul 21 ad Ed. (VIII, 5, 7);[898])
sowie bezüglich der fructus insbesondere von Ulp. 17 ad Ed. (D. VIII, 5, 4. § 2);

b. wegen frustratio restituendi bei her. petitio insbesondere, dafern nach der Lit. Cont. die Restitution der res hereditaria durch Zufall vereitelt worden ist, wo nun der mal. fidei possessor auf id, quod interest haftet nach Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. pr.); vgl. § 84 unter D. I 2. § 85 unter A 3 b;

c. wegen Restitution an dem nicht legalen Leistungsorte: § 85 unter B 2.

III. Endlich wird auch der gleichlautenden condemnatio der a. de dolo auf quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnato die Bedeutung des id quod interest untergelegt:
Trebat. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 4); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 11. pr.).

Lediglich gleich als Ausnahmen von dieser fundamentalen Ordnung treten vereinzelte Abweichungen auf, und zwar

A. bezüglich der bonae fidei actiones in doppelter Beziehung, nämlich

1. in dem Falle, wo das Klagobject in baar Geld besteht, und die verschuldete Vermögensschädigung durch eine mora solvendi herbeigeführt wird, ist nicht das id quod

---

898) Das iusiur. in litem, welches bei contumacia und dolus non restituentis Platz greift, richtet sich auf quanti interest: Ulp. 51 ad Sab. (D. XII, 3, 1): ex contumacia arbitratur (sc. res litigiosa) ultra rei pretium; vgl. Paul. 13 ad Sab. (D. cit. 2); A. 837. 897. — Kein Widerspruch mit obiger Regel darf entnommen werden aus Paul. 13 ad Sab. (D. VI, 1, 71): quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero iurare non vult, sed quanti res sit adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est, indem Paul. hier auf die judicielle comdemnatio hinweist, ohne damit die Richtung der jurisdictionellen condemnatio strict zu präcisiren: vgl. namentlich Ulp. 51 ad Ed. cit. — Dagegen ergiebt allerdings eine singuläre Ausnahme Paul. 36 ad Ed. (D. XXIV, 1, 36. pr.). si res donatae (sc. inter virum et uxorem) extant, — vindicari poterunt sed quia causam possidendi donatio praestitit, nisi reddatur res, aestimatio facienda est iusto pretio, wonach somit um des titulus possessionis willen trotz mangelnder bona fides die Haftung auf das quanti res est herabgemindert wird; vgl. Beil. XXI. bei A. 139.

interest, sondern usurae legales als Schadenersatz zu gewähren;

2. in einer Gruppe von Fällen, die wiederum einen zwiefachen Character an sich tragen, insofern die betreffende Singularität bald als specifische, bald als individuelle Besonderheit auftritt. Und zwar ist das erstere der Fall
   a. bei den bon. fid. actiones, insofern dieselben als actio de reticentia fungiren, wo zwar bei doloser reticentia der Schadenersatz in pönaler Steigerung als quanti interest, dagegen bei culposer reticentia als quanto minoris est bemessen wird (§ 87 unter III).

Dagegen das letztere ist der Fall

   b. bei a. emti, dafern dem venditor das Kaufobject confiscirt ist, wo die Klage auf quanto minoris: auf den gezahlten Kaufpreis sich richtet (§ 89 unter 2 b);
   c. bei a. conducti, dafern der locator durch Zufall an der Prästation des frui oder uti licere behindert ist, wo die Klage auf quanto minoris: auf die entsprechende Quote der merces sich richtet (§ 89 unter 2 d);
   d. bei der a. loc. cond. e lege Rhodia de iactu, welche auf den Einkaufs- und Verkaufspreis der resp. geretteten und untergegangenen oder deteriorirten Waaren, somit auf quanto minoris est sich richtet (A. 811[a]):

      Paul. 24 ad Ed. (D. XIV, 2, 2. § 2. 4); Callistr. 2 Quaest. (D. XIV, 2, 4. § 2);

B. bezüglich der formula petitoria, insofern als
   a. bei her. petit. der mal. fid. possessor nach der Theorie der späteren Jurisprudenz nur auf quanti res est haftet, dafern derselbe vor der in ius vocatio Nachlaßobjecte veräußert hatte und dieselben nachher untergegangen oder deteriorirt worden sind: § 83 unter C 2 a;
   b. bei der rei vind. wegen frustratio restituendi des Beklagten nur Haftung auf das quanti res est Platz greift: dafern nach der Lit. Cont. die Restitution des Klagobjectes durch Zufall vereitelt worden ist, bei rechtzeitiger Restitution aber solcher Zufall den Eigen-

thümer nicht betroffen haben würde, haftet der Beklagte auf quanti res est:

Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 15. § 3); vgl. § 84 unter D. I 1. § 85 unter A 3 a.

c. Endlich bezüglich der a. quod met. c. wider den Delinquenten, wo für die condemnatio auf: Quanti ea res erit, tantae pecuniae quadruplum, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato die sachliche Bedeutung von quanti res est beibehalten ward: § 124 unter I m.

In jener Methode aber der aequitas, mit dem Thatbestande der verschuldeten Vermögensschädigung des Mitinteressenten durch ein eine iniquitas oder iniuria involvirendes Verhalten die Verpflichtung zur Leistung des id quod interest oder resp. des quanto minoris oder quanti res est zu verknüpfen, prägt sich die Maxime aus, solche Schädigung vom Gesichtspunkte der einfachen d. h. nicht delictischen Widerrechtlichkeit zu reprobiren und so nun dieselbe durch eine Leistung durchaus reipersecutorischer Natur zu ahnden.[899]) Und demgemäß ist daher ebenso die Verpflichtung zum Schadenersatze abhängig und bedingt von der Thatsache einer von dem Verletzten in concreto wirklich erlittenen Vermögensschädigung, wie auch jener Schadenersatz selbst, abgesehen von den usurae legales unter A 1 und dem quanti res est unter B und C nach dem Summenbetrage des von dem Geschädigten in concreto erlittenen Schadens: sei es des quanti interest, sei es des quanto minoris est bemessen wird, demzufolge daher solcher

---

899) Ebenso wie die a. de dolo ist auch die a. quod. met. c. in der pronuntiatio de restituendo rein reipersecutorisch, wogegen die pönale Beimischung erst in der iudicatio eintritt und dies wiederum ebenso gegenüber dem dritten Besitzer, als auch durchaus mit den Mitteln des rigor: § 78 unter 6 b. Beide Klagen sind daher parallel nicht der a. ex delicto, als vielmehr quasi ex contractu, so namentlich der cond. furtiva. Dennoch aber werden beide den Gesetzen der Delicts-, nicht aber der Quasicontractsklagen unterstellt bezüglich ihrer Beschränkung auf ein Jahr, wie des Nichtüberganges auf die Erben des Schuldners: § 92 unter I. II A h. i, was wiederum nicht für die bon. fid. a. gilt, insofern diese die Function beider Klagen übernimmt: bei A. 1035. Vgl. A. 824 und § 72 unter A. So nun erklärt sich, daß die a. de dolo in den Gegensatz zur a. rei persec. gestellt wird von Jul. 11 Dig. (D. XIV, 4, 8).

Betrag für jeden einzelnen Fall besonders zu eruiren ist. Und zwar ergiebt jenes quanti interest als den Maaßstab der Bemessung des Schadenersatzes die utilitas, während das quanto minoris est, ebenso wie das quanti res est als solchen Maaßstab das pretium rei ergiebt (§ 71). Beidemal aber sind maaßgebend für Fixirung vom pecuniären Status des Vermögensschadens der Zeitpunct, wie Ort der eingetretenen Schädigung (§ 72 unter B 1 C).

Die prozessualische Geltendmachung endlich der betreffenden Schadenansprüche erfolgt ebensowohl durch Klage, wie durch Einrede; allein ersterenfalls nur ausnahmsweise: bei dolus malus und vis durch selbsteigene Klage, im Uebrigen vielmehr in der Modalität, daß einer gegebenen Aequitäts-Klage, so namentlich der bon. fid. a. und der formula petitoria die Function der betreffenden Schädenklage übertragen wird: § 85—89; letzteren Falles aber wiederum den Aequitäsklagen gegenüber nur ausnahmeweise durch exc. doli mali, vielmehr regelmäßig durch defensio ipso iure, ein Punkt, der jedoch nach § 82 gehört.

Endlich ist mit der Mehrzahl der angegebenen delictartigen Widerrechtlichkeiten und so nun auch mit der Benutzung des relevanten error des Mitpaciscenten noch die Folgewirkung verknüpft, daß der davon Betroffene eine Nichtrechtsbeständigkeit, sei dies Nullität, sei es Rescissibilität des dadurch beeinflußten Rechtsactes geltend machen kann, was jedoch nicht im Wege der Klage, vielmehr wiederum regelmäßig durch defensio ipso iure beschieht. Auch dieser Punkt fällt jedoch unter § 82.

§ 81.

Das Postulat der Restitution der ungerechtfertigten Bereicherung.

Das Verbot der aequitas: nemo lucrari cum damno alterius debet, wie solches in § 75 unter II präcisirt ist, verpönt den ungerechtfertigt bereichernden Effect eines die Güter-Besitzverhältnisse zu Gunsten des Einen auf Unkosten des Anderen verändernden Vorganges. Daher ist es der öconomische Effect allein solcher Vorgänge, weder aber eine Handlung, noch auch ein bestimmter subjectiver Thatbestand auf Seiten des Bereicherten, was den wesentlichen Thatbestand jenes Untersatzes der aequitas ergiebt,

demgemäß auch weder Willens-, noch Handlungsfähigkeit, als vielmehr lediglich Vermögensfähigkeit bezüglich des Subjectes erfordert wird, welches jenen verpönten Thatbestand und die daran geknüpfte Obligation an sich verwirklicht. Und dieser Moment ist es, welcher bezeichnet wird von Paul. 7 ad Plaut. (D. XLIV, 7, 46) durch: ex re venit actio.

Dieses maaßgebende Gesetz, daß zu dem vom obigen Verbote betroffenen Thatbestande ein subjectiver Thatbestand auf Seiten des Bereicherten nicht erfordert werde, schließt indeß nicht aus, zunächst daß, insofern die Bereicherung durch eigenes Delict des Bereicherten vermittelt wird, der hierbei wesentliche subjective Thatbestand vorausgesetzt wird: denn diesfalls wird solcher Thatbestand nur für den Grund der Bereicherung d. h. zum Delicte, nicht aber für diese selbst erfordert; und sodann daß ein verschiedenes Maaß der Verhaftung je mit bona oder mala fides des Bereicherten verknüpft wird, was der Fall ist theils insofern je nach bona oder mala fides einerseits die cond. indeb. und sine causa, wie andererseits die cond. furtiva begründet werden, theils insofern die her. petit. nur bei bon. fid. possessio des Beklagten zur Bereicherungsklage wegen der vor der Lit. Cont. entäußerten Objecte sich gestaltet, während gegenüber dem mal. fid. possessor jene Klage ihren ächt dinglichen Character sich bewahrt (s. bei A. 1002).

Der Moment des Ungerechtfertigten selbst nun: der iniquitas oder, vom Standpunkte der lex lata, der iniuria (A. 809), welcher die von der aequitas gemißbilligte Qualification der Bereicherung ergiebt, ist jedoch keineswegs belegen in dem bereichernden Effecte schlechthin des betreffenden Vorganges: denn die leitende Tendenz, wie der treibende Impuls des gesammten Güterverkehres ist ja doch vornämlich gegeben gerade in dem Streben des Einen nach Bereicherung auf Unkosten des Anderen, so daß also solcher Effect ebenso ein normales und gesetzmäßiges Ergebniß der nationalöconomischen Verkehrsbewegungen ist, wie auch als solches von dem Rechte, wie von der bürgerlichen Sitte anerkannt und hingenommen, ja von dem ersteren sogar in mannichfachen Institutionen, so z. B. in der Schenkung ausdrücklich sanctionirt wird (§ 68). Vielmehr ist solcher qualificirende Moment darein verlegt, daß jene Bereicherung unter Umständen sich vollzieht, welche

einen Widerstreit derselben mit den von der Volksanschauung getragenen wirthschaftlichen Gesetzen des Güterverkehres begründen. Denn es vollzieht sich bei civilisirten Nationen der Güterumlauf nicht in excentrischen Bewegungen und regellosen Vorgängen, als vielmehr nach gewissen Ordnungen und Normen: nach bestimmten Proportionen und in gegebenen Verkehrsfiguren, welche, als typische Vorgänge in dem volkswirthschaftlichen Leben hervortretend und als die ordnungsmäßigen Verkehrserscheinungen von der Nationalanschauung anerkannt, eine gesetzvolle wirthschaftliche Ordnung des Güterumlaufes begründen. Und indem nun im Widerstreite mit den so gebotenen volkswirthschaftlichen Gesetzen eine gegebene Bereicherung sich vollzieht, so ist es dieser Moment des Widerstreitenden, auf welchem die aequitas die Qualification derselben als iniquitas, somit als einer ungerechtfertigten stützt.

Solcher Widerstreit an sich aber kann von einer zwiefältigen Beschaffenheit sein: es kann derselbe darauf beruhen, daß die Bereicherung sich vollzieht ebenso durch einen Vorgang, der gar nicht als ordnungsmäßige Güterverkehrs-Figur von der Volksanschauung anerkannt ist, so z. B. durch Delict, wie aber auch durch einen Vorgang, der zwar als solche Verkehrsfigur ausgebildet ist, dem aber der Beruf nicht beigemessen wird, solchen Effect einer Bereicherung des Einen auf Unkosten des Anderen selbsteigen herbeizuführen.

Was nun dieses letztere Verhältniß im Besonderen betrifft, so beruht dasselbe auf der verschiedenen Qualification jener Verkehrsfiguren selbst je als pecuniär differenter und indifferenter. Denn indem jene den volkswirthschaftlichen Güterverkehr vermittelnden typischen Vorgänge nach den ihnen inliegenden specifischen Merkmalen von dem Volke selbst begrifflich individualisirt werden, so sind es verschiedene Kategorieen, denen die constitutiven Merkmale jener Verkehrsfiguren entnommen werden und aus denen sich nun jene beiden Hauptgruppen solcher Figuren ergeben. Und zwar auf der einen Seite beschieht solche begriffliche Individualisirung auf dem Wege, daß die wesenbestimmenden Merkmale jener Figuren entnommen werden den darin ausgeprägten wirthschaftlichen Proportionen der pecuniären Interessen, wie solche in dem nationalen Leben hervortreten und von der Volksanschauung

aufgefaßt sind, so als dare pecuniam, ut rem habere liceat oder dare rem, ut alia res accipiatur oder dare rem servandam oder dare operam negotio gerendo oder dergl. (§ 127). Und indem somit auf derartige wirthschaftliche Interessen-Proportionen die Begriffsbestimmung von emtio venditio, permutatio, depositum, mandatum u. dergl. gestützt wird, so ergeben sich nun so pecuniär differente Verkehrsfiguren, welche wiederum bald entgeltlich, bald unentgeltlich sind, je nachdem die dadurch vermittelten Veränderungen in einem gegebenen Vertheilungsverhältnisse der betreffenden Vermögenswerthe gegen oder aber ohne ein Entgelt sich vollziehen.

Sodann andererseits wird die Individualisirung solcher wirthschaftlichen Verkehrsfiguren auch wieder in anderer Modalität und zwar auf dem doppelten Wege gewonnen, daß die constitutiven Merkmale derselben bald der Kategorie der Form, nämlich der Solennität des betreffenden Actes,[900] bald aber auch der Kategorie der Bezüglichkeit, der Modalität nämlich entnommen werden, in welcher der betreffende Vorgang auf die Realisirung eines zuständigen Anspruches einwirkt. Demgemäß ergiebt daher ersteren Falles die Beschaffenheit der verba solennia die constitutiven Merkmale, wie z. B. das hanc ego rem ex iure Quir. tuam esse aio eaque tibi empta esto *x* hoc aere aheneaque libra für die mancipio datio, das dari spondes? spondeo für die sponsio, das tutorem oder rem do, lego für die tutoris datio oder das legatum, das heres und exheres esto für die heredis institutio und exheredatio. Dagegen letzteren Falles werden der specifischen Modalität, in welcher ein Geschäft auf die Realisirung oder den Bestand eines zuständigen Anspruches einwirkt, jene constitutiven Merkmale entnommen und so nun nach der vierfältigen Beschaffenheit solcher Einwirkung vier Unterarten von Geschäften gewonnen: Geschäfte nämlich, welche vermitteln theils die Erfüllung

900) Nicht der Form schlechthin, sondern der solennen Form werden jene Merkmale entnommen; denn die Eintheilung, in formale und unformale Geschäfte, welche in unserer Rechtswissenschaft eine große Rolle spielt, hat nicht den geringsten systematischen Werth, da keine allgemeinen Consequenzen von besonderer theoretischer Bedeutung daraus sich ergeben, daß eine juristische Form für ein unsolennes Rechtsgeschäft, wie z. B. für die donatio vorgeschrieben ist: § 63.

des Anspruches, theils deren Sicherstellung, theils die Conservirung des Anspruches selbst, theils endlich die Liberation von solchem. Denn so gehören jener ersten Gruppe an zunächst die Solution sei es einer Arbeitsleistung, sei es eines Vermögensobjectes und letzteren Falles in Gestalt bald der datio, bald der traditio zum juristischen Besitze oder der Detention; sodann die datio in solutum, sowie die damit parallele novatio; dann wiederum die Besitzergreifung von Erbschaft oder Legat u. a. m. Dagegen zur zweiten Classe behören die Uebertragung eines interimistischen Eigenthumsrechtes bei der fiducia, die Einsetzung des Verkaufswerthes eines Objectes als Sicherheit durch pigneris datio oder hypotheca, die Einsetzung der Solvenz eines Dritten durch satisdatio, intercessio, accessio, delegatio, constitutum oder expromissio debiti alieni; dann die arra, Conventionalstrafe und der Bestärkungseid, wie das constitutum und die expromissio debiti proprii. Der dritten Gruppe wiederum gehören an die mannichfachen testationes (A. 224): Protestationen und Notificationen, wie die Reservationen, so die den Rechtsgeschäften inserirte exceptio oder deductio oder receptio. Und endlich der vierten Gruppe unterfallen acceptilatio, pactum de non petendo, wie transactio.

Und indem somit diese beiden Classen von Acten ihrem Wesen nach der Kategorie der Entgeltlichkeit durchaus fern stehen, so daß denselben in abstracto und in ihrer Wesenheit weder das Merkmal des Entgeltlichen, noch des Unentgeltlichen zukömmt, vielmehr solcher Moment erst bei deren concreter Verwirklichung und rein empirisch sich ausprägt, so ergeben nun diese beiden Classen die Gruppe der pecuniär indifferenten Verkehrsfiguren.[901])

Beide Classen von Verkehrsfiguren versehen aber in der That ganz verschiedene Functionen im Verkehrsleben. Denn in den pecuniär differenten Figuren eröffnet sich den Interessen und Bedürfnissen der Verkehrenden: deren eigennützigen Tendenzen nach Erwerbung oder Nutzbarmachung fremder Vermögenswerthe, sei dies Sache, sei es menschliche Thatkraft (A. 1520) ein geregelter Weg für eine ordnungsmäßige Befriedigung solchen Bedürfnisses. Und wie daher dieselben für die bürgerliche Gesellschaft als Mittel

---

901) Vgl. § 1. 37. 65. Voigt, Cond. ob caus. § 55. 26.

dienen, den Güterverkehr in großen Ganzen in gesetzvolle Bahnen zu leiten und zu einer friedlichen und harmonischen Bewegung zu regeln,[902]) insofern die Verkehrenden für die Befriedigung jener Bedürfnisse auf diese typischen und als normal anerkannten Verkehrsfiguren geradezu verwiesen sind, so nun fällt denselben auch die Aufgabe zu, Veränderungen in dem gegebenen Vertheilungsverhältnisse der Vermögenswerthe potentiell zu begründen.

Dagegen die zweite Classe der pecuniär indifferenten Verkehrsfiguren: die Realisationsgeschäfte übernehmen die Aufgabe, jene Veränderungen im gegebenen Vertheilungsverhältnisse von Vermögenswerthen, welche durch die pecuniär differenten und resp. durch die solennen Verkehrsfiguren nur potentiell begründet wurden, actuell zu machen oder auch wiederun zu beseitigen, somit die Verwirklichung jener Veränderungen zu vermitteln oder zu sichern oder auch wieder fallen zu lassen: sei es durch Erfüllung oder Vollzug, somit im Wege effectiver Durchführung jener Veränderung, sei es durch pecuniäre Sicherstellung oder sonstige materielle Garantie der künftigen Erfüllung, sei es im Wege der Conservirung begründeter Ansprüche, sei es aber auch im Wege der Liberirung von den Letzteren.

Endlich wieder die solennen Acte haben die Aufgabe, ebenso für die pecuniär differenten, wie für die Realisations-Geschäfte eine potentielle Sicherung und namentlich den Schutz des Rechtsgesetzes zu vermitteln (§ 43).

Solche verschiedene Structur jener doppelten Gruppe von Verkehrsfiguren ergiebt nun aber ein zwiefaches thatbeständliches Verhältniß: einmal, indem die pecuniär differenten Verkehrsfiguren allein die Function versehen, Veränderungen in einem gegebenen Vertheilungsverhältnisse gewisser Vermögenswerthe potentiell zu begründen und somit nun auch berufsmäßig der Tendenz des Güterverkehres nach Bereicherung auf Unkosten des Anderen zu dienen, so kann eine theoretische Rechtfertigung solcher Bereicherung nur aus dem Causalverhältnisse entnommen werden, in welchem die Bereicherung, als Folge zu einer pecuniär differenten Verkehrsfigur, als dem Grunde sich erhält. Und sodann, indem zwischen den pecuniär differenten und den indifferenten Verkehrs-

902) Diesen Moment erkannten und verwertheten die röm. Juristen in ihrer Theorie vom ius naturale: Th. I § 62.

figuren eine wirthschaftlich organische Verbindung gegeben ist, insofern, wie dargelegt, die letzteren insbesondere bald die Realisirung, bald eine potentielle Sicherung der ersteren vermitteln, so kann wiederum eine theoretische Rechtfertigung der durch ein pecuniär indifferentes Geschäft vermittelten Bereicherung aus dem Causalverhältnisse entnommen werden, in welchem die Bereicherung als Folge zu derjenigen pecuniär differenten Verkehrsfigur, als dem Grunde sich verhält, mit welcher selbst jenes indifferente Geschäft in der bezeichneten organischen Verbindung steht.

Indem daher die aequitas rücksichtlich der Bereicherung des Einen auf Unkosten des Anderen eine sachliche Kritik übt und zwar solche Bereicherung nach dem Maaßstabe ihrer Uebereinstimmung oder ihres Widerstreites mit den volkswirthschaftlichen Gesetzen des Güterumlaufes abschätzt, dem entsprechend dieselbe im Falle solchen Widerstreites als iniquitas oder als ungerechtfertigt reprobirend, so ist nun solches abfällige Urtheil nicht allein darauf gestützt worden, daß die Beeeicherung sich vollzieht, ohne überhaupt durch irgend welche ordnungsgemäße Verkehrsfigur vermittelt zu sein, sondern auch darauf, daß die Bereicherung zwar durch eine pecuniär indifferente Verkehrsfigur vermittelt wird, allein im Widerstreite mit derjenigen pecuniär differenten Verkehrsfigur sich vollzog, mit welcher jene indifferente Figur in der bezeichneten organischen Verbindung steht oder doch auf solche Verbindung angewiesen ist.

Jene zwiefache Beziehung nun, auf welche die römische Volksanschauung jenes ihr Urtheil über die iniquitas einer Bereicherung stützte, ward aber auch von der römischen Rechtswissenschaft maaßgebend in das Auge gefaßt und für Regelung der entsprechenden, in dem Rechte sich ausprägenden Causalitätsverhältnisse verwerthet.[903])

---

903) Vgl. Voigt, a. O. § 131. Für die richtige Würdigung der röm. Rechtstheorie ist die Thatsache von Bedeutung, daß die im Obigen dargelegten Ordnungen und Verhältnisse vom Rechte keineswegs geschaffen, als vielmehr vorgefunden, anerkannt und verwerthet sind: denn dann erst tritt jene Rechtstheorie in das richtige Licht, welches deren speculativen Denkwerth deutlich hervortreten und voll würdigen läßt: jene so unendlich tiefe und getreue Auffassung des vorgefundenen nationalen Verkehrsstoffes und der demselben immanenten wirthschaftlichen Gesetze, jene so scharfsinnige

Denn, wie dort zuerst die Bereicherung in das Auge gefaßt wird gegenüber der dieselbe vermittelnden Verkehrsfigur, so werden hier die obliegenden Verbindlichkeiten, wie die erworbenen Rechte gegenüber dem dieselben begründenden, wie aufhebenden Erwerb- oder Verlustmodus in Betracht gezogen; und so wird dieser letztere als die causa: als Rechtsgrund gegenüber den ersteren, als der dadurch bestimmten Folge anerkannt. Und in diesem Sinne statuiren daher die Quellen als causa obligationis, wie dominii: als Erwerbgrund oder Rechtsgrund des Erwerbes den Erwerbmodus selbst solcher Rechte.[904]) Dabei aber wird die causa obligationis insbesondere von den Quellen nicht bloß bezüglich der obligatio im streng technischen Sinne, sondern auch da statuirt, wo der darin gegebene Nexus der Verpflichtung zu einer persönlichen Leistung an den Mitinteressenten gar nicht zur theoretischen Figur der privatrechtlichen Obligation juristisch construirt worden ist, somit also eine Obligation im technischen Sinne nicht vorliegt: es tritt, mit Einem Worte, der Ausdruck obligatio und causa obligationis auch in einem weiteren Sinne auf, jeden von der Nationalanschauung anerkannten Nexus irgend welcher Verbindlichkeit zur persönlichen Leistung zwischen zwei Personen bezeichnend, selbst dafern das Recht denselben zur civilrechtlichen Figur der Obligation nicht ausgebildet hat.[905]) Denn so tritt solcher Sprachgebrauch auf das Allerdeutlichste und Zweifelloseste ausgeprägt in den Quellen auf ebenso bezüglich

---

und geistreiche Verwerthung der so erkannten Regeln zu juristischen Ordnungen, jener so geläuterte und geistig hohe Standpunkt juristischer Intuition und Reflexion.

904) So z. B. Jul. bei Ulp. 46 ad Sab. (D. XLVI, 1, 5): ex duabus causis esse obligatum; Pomp. 16 ad Sab. (D. L, 17, 27): obligationum causae actione possint immutari; Gai. 3 de V. O. (D. XLVI, 2, 34. § 2): ex diversis causis obligati; oder im Besonderen Ulp. 58 ad Ed. (D. XLII, 1, 4. § 7): obligatio, quae ex causa iudicati descendit; Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 43, 13: obligatus homo ex causa mandati. — Ulp. 5 ad Ed. (D. XLIV, 2, 11. § 4): alia causa fuit prioris domini; Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 2, 3. § 4): dominium non potest nisi ex una causa contingere; 70 ad Ed. (E. XLIV, 2, 14. § 2): omnes causae (sc. dominii) una petitione adprehenduntur; oder im Besonderen Ulp. cit. (D. cit. § 5): opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere. — Vgl. Voigt, a. O. § 23. 26. 27.

905) Voigt, a. O. § 26. 27. 59., sowie Thl. IV A. 17. 21.

der rein moralischen Verbindlichkeit,[906]) als in Bezug auf staatsrechtliche Verbindlichkeiten, welche keine obligatio involviren, wie z. B. die Steuerpflicht,[907]) und so denn nun auch in Bezug auf privatrechtliche Verpflichtungen, die nicht zur obligatio construirt sind, so das Judicat oder die auferlegte condicio oder modus bei Legaten[909]) oder die donatio,[910]) wie denn endlich auch die ganze Gruppe rein obligatorischer Nebenpräſtationen hierher gehört, welche lediglich als integrirendes Element einestheils der dinglichen Klage behandelt und dieser selbst zur Geltendmachung angehängt, anderntheils aber auch in entsprechender Weise der persönlichen Klage eingefügt sind.[911])

---

906) So Jul. 10 Dig. (D. XII, 6,32. § 2): sublata falsa opinione relinquitur pietatis causa (i. e. causa obligationis, quae est pietas), ex qua solutum repeti non potest; Pap. 28 Quaest. (D. XLVI, 3, 95. § 4): naturalis obligatio — iusto pacto — ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur; vgl. A. 1856. Voigt, a. O. § 58 unter 22.

907) Ulp. 2 de Cens. (D. L, 15, 3. pr.): tributo capitis obligantur; vgl. Savigny, Obl. Rt. § 3. A. e. Voigt, a. O. § 58 unter 23.

908) Das Judicat ist causa einer ächten Obligation, insoweit es novatorischen Effect hat, somit bei a. in personam in ius concepta: Gai. III, 180. IV, 107., darüber hinaus aber nicht. Gleichwohl wird dasselbe ganz unbeschränkt als obligatio in jenem weiteren Sinne oder als causa obligationis anerkannt, so z. B. von Ulp. ad Ed. (D. XLII, 1, 4. § 7), der in Bezug auf die Edictsworte: condemnatus, ut pecuniam solvat sagt: solvisse accipere debemus non tantum eum, qui solvit, verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit; und so auch von Gai. III, 173: si quid ex iudicati causa debitum sit; Ulp. 43 ad Sab. (D. XLVI, 3, 7). Dagegen sagt sorgsamer Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 11): iudicati velut obligatio.

909) So z. B. Marcian. 2 Reg. (D. XLVI, 3, 44): in numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duae obligationes tollantur uno momento, veluti — si pupillo — legatum a creditore fuerit sub ea conditione, si eam pecuniam numeraverit, in duas causas videri eum numerasse: et in debitum suum — et condicionis gratia, ut legatum consequantur.

910) S. Schilling, Inst. § 349. yy. zz.

911) Vgl. Mommsen, Beitr. III, 79, sowie S. 539. — Paul. 5 Resp. (D. XIX, 2, 54. pr.), Hermog. 2 Jur. Ep. (D. XIX, 1, 49. § 1): pretii sorte licet post moram soluta usurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur, wo die obligatio als civilrechtliche Figur negirt, die obligatio in jenem weiteren Sinne aber unbestritten ist.

Und sodann, wie dort in der Sphäre der Volksanschauung die Bereicherung in das Auge gefaßt wird gegenüber derjenigen pecuniär differenten Verkehrsfigur, zu welcher das dieselbe vermittelnde pecuniär indifferente Geschäft in einer gewissen, organischen Verbindung steht, so nun werden hier die obliegenden Verbindlichkeiten, wie die erworbenen Rechte in ihrem Verhältnisse zu derjenigen causa obligationis in Betracht gezogen, welche dem Erwerb- oder Verlustmodus von jenen unterliegt und so nun zu denselben gleich als deren secundärer Rechtsgrund sich verhält. Denn indem hinter dem Rechtserwerb- oder Verlustmodus, somit hinter der causa obligationis oder dominii im obigen Sinne vielfach noch ein zweiter, persönliche Ansprüche, wie Verbindlichkeiten begründender Vorgang, somit eine fernere causa obligationis steht und zu dieser letzteren dann jener Erwerbmodus in eines der obbezeichneten vier Relationsverhältnisse des Vollzuges oder der Sicherstellung oder der Conservirung oder der Liberation tritt, indem somit z. B. die emtio in eine Stipulation eingekleidet oder die Tradition zum Zwecke der Erfüllung einer venditio vollzogen wird; so ward um solcher organischen Bezüglichkeit willen jene fernere causa obligationis wiederum als Rechtsgrund des Erwerbmodus selbst aufgefaßt und so nun im angezogenen Falle die emtio venditio als causa oder Rechtsgrund der Stipulation, wie Tradition anerkannt.[912]) Und da nun dem erworbenen Rechte oder der obliegenden Verbindlichkeit gegenüber bereits der Erwerbmodus als causa fungirte, so tritt nach solcher Auffassung diese fernere causa wiederum zu jenem Rechte oder jener Verbindlichkeit selbst in das Verhältniß von deren secundärer causa. Auch diese secundäre causa aber, welche, wie bemerkt, stets eine causa obligationis ist, wird gleich der primären causa nicht lediglich auf die Obligation im technischen Sinne gestützt, als vielmehr auch auf den von der Nationalanschauung anerkannten, obligationsähnlichen Nexus irgend welcher

912) Vgl. Voigt, a. O. § 23. 26. 27. 31. So z. B. Afric. 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108. § 4): ex lucrativa causa stipulatio intercessit; Gai. I, 140: ex noxali causa mancipio dare; II, 20: tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa; oder Marcian. 2 Reg. (D. XLVI, 3, 44): A. 909.

Verbindlichkeit zu einer persönlichen Leistung zwischen zwei Personen, selbst wenn solcher zur civilrechtlichen Figur der obligatio nicht construirt ist.[913])

---

913) Vgl. Voigt, a. O. § 23. 26. 27. So z. B. solutio ex causa pietatis: A. 906, liberatio ex causa iudicati: A. 908, numeratio in causam condicionis: A. 909, traditio ex donationis causa: A. 912. Gegen diese theoretische Auffassung wendet Arndts, Pand. § 233 A. 2 ein: „wer ohne vorhergegangenes Versprechen donandi animo giebt oder verspricht, ist vorher in keiner Weise obligirt gewesen; ebensowenig ist obligirt derjenige, dem unter der Bedingung, wenn er etwas leiste oder verspreche, etwas vermacht oder versprochen worden ist, und wenn er nun implendae conditionis gratia verspricht, so contrahirt er erst jetzt eine Obligatio, die nicht zu einer vorherbestandenen im Causalnexus steht". Insoweit hiermit in den aufgeführten Verhältnissen das Vorhandensein einer civilrechtlichen Obligation negirt wird, so fehlt solcher Kataphasis die Apophasis: ich habe nie eine solche Obligation behauptet. Insoweit dagegen damit das Vorhandensein eines obligationsmäßigen Nexus, wie solcher im Obigen entwickelt ist, negirt wird, so steht solche Negation in Widerspruch mit den Quellen selbst, wie sich ergiebt bezüglich des dare implendae condicionis gratia aus A. 909: numeratione obligatio tollitur; bezüglich des dare donationis gratia aber aus A. 910 und namentlich aus Jav. 12 Ep. (D. XLIV, 7, 55); in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea — donatio, sive — quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest. Diesen Widerspruch mit den Quellen ermöglicht Arndts a. O. und § 80 bezüglich der donatio durch die Theorie, daß, wenngleich der subjective Thatbestand derselben sich zusammensetzt aus einem animus donandi und einem congruenten animus accipiendi, doch solcher subjective Thatbestand nur dann ein obligatorisches Element enthalte, wenn die Vollziehung der donatio nicht in continenti erfolge, entgegengesetzten Falles dagegen kein derartiges Element vorhanden sei, vielmehr die donatio in ihrer Totalität zur Function eines einfachen Beweggrundes für das Vollzugsgeschäft: Tradition, Acceptilation oder dergl. herabsinke. Allein diese theoretische Construction setzt eine vollkommene Abnormität und widerspricht den röm. Rechtsanschauungen auf das Directeste: denn abgesehen davon, daß jener von Arndts gesetzte Begriff des Beweggrundes in solcher Beziehung von den röm. Juristen gar nicht als maaßgebende Kategorie verwendet wird, so erkannten dieselben vielmehr in der donatio schlechthin eine obligatio ohne civilis actio oder eine non civilis obligatio, wie sich Ulp. 29 ad Sab (D. XLVII, 2, 14. § 11) und resp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 1. § 1) ausdrückt. Im Uebrigen habe ich durchaus nicht das gesagt, was Arndts mir nachsagt, daß ich „in einer noch bloß beabsichtigten, in keiner Weise vollzogenen donatio, ja sogar in dem Gesetztsein einer Bedingung ein obligatorisches Verhältniß gegeben finde;" vielmehr, was den

Diese Auffassung der röm. Rechtswissenschaft aber, welche ein zwiefältiges Causalitätsverhältniß: ebenso zwischen dem erworbenen Rechte und dessen Erwerbmodus, wie zwischen dem ersteren und der causa obligationis des letzteren statuirt, wird nun wiederum übertragen auf die im Obigen präcisirte zwiefältige Modalität, in welcher der die iniquitas der Bereicherung ergebende Widerstreit derselben mit den wirthschaftlichen Gesetzen des Güterverkehres von der aequitas statuirt ward, und hier nun zugleich zur theoretischen Construction dieser Auffassung selbst verwerthet, daher nun zugleich der Begriff der causa selbst in dieser Beziehung die Modification erlitt, aus einem Rechtsgrunde von Anspruch oder von Verbindlichkeit in einen zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrund der durch den Rechtserwerb vermittelten Bereicherung sich umzuwandeln: neben die obige, sociale Urtheilsform, es werde eine iniquitas der Bereicherung des Einen auf Unkosten des Anderen durch den Widerspruch derselben mit den von der Volksanschauung getragenen wirthschaftlichen Gesetzen des Güterverkehres, insbesondere aber dadurch begründet, daß dieselbe entweder sich vollzieht, ohne durch irgend welche ordnungsmäßige Verkehrsfigur vermittelt zu sein, oder daß sie im Widerstreite mit derjenigen pecuniär differenten Verkehrsfigur sich vollzog, mit welcher das die Bereicherung vermittelnde pecuniär

---

letzteren Punct anbetrifft, habe ich gesagt, daß das Eintreten in dasjenige Rechtsverhältniß, an welches für den Betreffenden der Modus angeknüpft ist, einen obligationsmäßigen Nexus verwirklicht, indem es die Verpflichtung zu dessen Erfüllung begründet, daher die in Vollziehung desselben beschehene solutio oder acceptilatio in Wahrheit ex causa obligationis beschieht, wie solches auf das Unzweideutigste von Marcian in A. 909 besagt wird, die Nichtvollziehung dagegen mehrfach sogar eine Klage auf Erfüllung begründet: A. 665. 1509, vgl. auch Justinian. im Cod. I, 3, 46. § 2; Voigt im civ. Arch. LIV, 26. A. 30. Und wenn endlich Arndts § 145, 4 in solcher causa obligationis nur ein „in Nichts Aufgelöstes" erblickt, so ist solcher Ausspruch mir völlig unverständlich, da dort, wo Arndts ein Nichts erblickt, doch ein deutlicher Denkstoff von massiger Ausdehnung, von unbestreitbarer Quellenmäßigkeit, von höchstem dogmatischen Werthe sich vorfindet. Uebrigens macht sich Arndts selbst § 341 A. 2 solcher „Auflösungen in Nichts" schuldig, wenn er den Thatbestand der cond. indebiti auf die Erfüllung einer Obligation beschränkt und dann beifügt: „so viel aber kann zugegeben werden, daß nicht gerade eine Obligation im eigentlichen Sinne nothwendig erfordert werde."

indifferente Geschäft in einer obbezeichnetem organischen Verbindung steht, tritt so nun die juristische Denk- und Ausdrucksform, daß diejenige Bereicherung auf Unkosten des Anderen eine iniuria enthalte, welche an einem Mangel der causa, als des zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrundes leidet, sei es nun, daß dieselbe sich vollzieht, ohne daß irgend eine derartige causa ihr zu Grunde liegt, oder daß die ihr unterliegende causa in concreto mit gewissen Fehlern behaftet ist.

Der principielle Standpunkt der aequitas bei Beurtheilung der Bereicherung nach solchem Maaßstabe der dafür gegebenen Rechtfertigung ergiebt nun aber keineswegs das Gebot, daß eine jede Bereicherung auf Unkosten des Anderen, um gerechtfertigt zu erscheinen, auf eine causa im obigen Sinne sich stützen müsse, als vielmehr lediglich das Verbot derjenigen Bereicherung, welche an einer Mangelhaftigkeit der ihr unterliegenden causa leidet. Und je nach der Beschaffenheit solcher Mangelhaftigkeit: als gänzliche Deficienz oder aber als bloße Fehlerhaftigkeit, sowie je nachdem diese Fehlerhaftigkeit in der primären oder in der secundären causa belegen ist, ergeben sich nun drei verschiedene Gruppen der Thatbestände, die dem Verbote des nemo lucrari cum damno alterius debet unterfallen.

Und zwar in der ersten Gruppe wird die iniquitas der Bereicherung begründet durch den gänzlichen Mangel einer primären causa, so daß hier, indem diesfalls die Bereicherung lediglich als ein actuelles und rein wirthschaftliches, nicht aber als ein potentielles und juristisches Ergebniß des betreffenden Vorganges sich vollzieht, die gänzliche Deficienz von allem und jedem zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrunde der Bereicherung die Mangelhaftigkeit der causa ergiebt. Und hierunter fallen die vier Thatbestände der Bereicherung auf Unkosten des Anderen:

durch den vom Mitintereſſenten in Contracts-, Quasicontracts- wie dinglichen Rechts-Verhältnissen im Interesse des anderen Theiles gemachten nothwendigen Aufwand von Impensen auf das vom Ersteren zu leistende Rechtsobject, insoweit nicht etwa dem Impendirenden selbst solcher Aufwand obliegt: § 88;

durch ein in concreto nicht rechtsverbindliches, somit nur in actu bestehendes Rechtsverhältniß, welches entweder von dem bereicherten Pupillen oder furiosus ohne Concurrenz des Tutor oder

Curator, oder welches von dem Gewaltuntergebenen ohne iussus des bereicherten Gewalthabers, wie außerhalb der Sphäre der administratio peculii, oder welches endlich von dem unmündigen Gewaltuntergebenen begründet ward:[914]) § 91;

durch Delict eines Dritten, sei dies der Erblasser, sei es ein Repräsentant, sei es ein sonstiger Dritter:[915]) § 92;

---

914) Außer diesen Fällen ist eine Klage aus der Bereicherung Jemandes durch Rechtsgeschäfte des Stellvertreters: sei dies tutor, curator, Communalbeamter oder dergleichen, sei es Mandatar oder neg. gestor dem römischen Rechte unbekannt. Denn bei Diocl. im C. Just. IV, 26, 7 § 1 ist eine durch Cession erworbene a. neg. gestor. contraria zu verstehen: Arndts, Pand. § 248. A. 3. Wenn dagegen der Letztere a. O. A. l. auf Dig. XXVI, 9, 3. IV, 3, 15. pr. XIX, 1, 13. § 7 den Satz stützt, daß derjenige, in dessen Namen ein bevollmächtigter Stellvertreter unter Ueberschreitung seiner Befugniß ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten abgeschlossen hat, durch solches insoweit verhaftet werde, als es zu seinem Vortheile gereichte, so ist dies durch jene Stellen nicht begründet: denn es handeln dieselben ebensowohl nur von dem Pupillen, als auch lediglich von einer Bereicherung durch dolus malus des Tutor, demgemäß dieselben auch nicht in dem abgeschlossenen Contracte, als vielmehr in dem hierbei begangenen dolus malus den Klaggrund finden, wie Dig. IV, 3, 15 erkennen läßt. Daher fallen diese Stellen unter den Gesichtspunkt der Bereicherung durch Delict des Repräsentanten: § 92 unter II D.

915) Bezüglich dieser Klagen bemerkt Windscheid in Krit. Vierteljahrsschr. I, 116: „Hier ist nicht die Bereicherung der Grund des Anspruches, sondern das Delict, beziehungsweise die Erbschaft.“ Allein es ist gleich unrichtig zu sagen, die Bereicherung, oder aber das Delict sei der Grund des Anspruches, da vielmehr Beides zusammen solchen Grund ergiebt. Demnach aber läßt a priori sich ebensowohl sagen: die durch Delict vermittelte Bereicherung, wie: das bereichernde Delict ist Grund der Klage. Allein a posteriori ist nur das erste Urtheil berechtigt, wie zahlreiche Quellenaussprüche ergeben, so z. B. Lab. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12), Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 3, 28), Pomp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 38), Ulp. 67. 69 ad Ed. (D. L, 17, 149. XLIII, 16, 3. pr.), Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.) u. a. m. Ueberdem wird aus dem Delicte des Sclaven nicht a. noxalis, sondern utilis a. ex delicto de in rem verso und de peculio gegeben, so daß somit die Klage nur in ihrer Formel delictisch, dagegen civilrechtlich reine Bereicherungsklage ist, während wiederum bei der Klage wider den Dritten aus dem crimen des Andern alles und jede Delict fehlt, welches eine civilrechtliche Verhaftung zur Folge hätte. Und endlich geben die taxationes auf quod pervenit und quanto locupletior factus est einen gar nicht zu mißdeutenden Fingerzeig.

durch eigenes Delict, insoweit dadurch eine selbständige rei-persecutorische Klage begründet wird, was wiederum der Fall ist theils bei den Delicten des honorarischen Rechtes nach Ablauf der für die Delictsklage gesetzten Verjährungszeit: § 92, theils bei dem furtum in seiner durch die cond. furtiva und a. rerum amotarum repräsentirten quasicontractlichen Beziehung: § 88.

Sodann in der zweiten Gruppe wird die iniquitas der Bereicherung begründet dadurch, daß die dieselbe vermittelnde primäre causa an einer Mangelhaftigkeit leidet, welche selbst auf der Lage, in welcher der eine Interesse sich befindet, beruht, daher diesfalls zwar ein Rechtsgrund der Bereicherung vorhanden ist, der aber in concreto einen zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrund derselben nicht ergiebt. Und hierunter fallen wiederum zwei verschiedene Classen: zunächst die beiden Thatbestände der Bereicherung auf Unkosten des Anderen

durch Erlöschen der Verbindlichkeiten dessen, der cap. dem. erlitt, wo die Lebenslage des Berechtigten gegenüber dem letzteren Vorgange die Bereicherung als iniquitas qualificirt: § 93; sowie

durch Zeitablauf hinsichtlich dessen, der ohne eine Verschuldung absens ist, wo im Falle der Bereicherung des absens die durch solche absentia gegebene Lebenslage des Berechtigten, im Falle des Vermögensverlustes des absens dagegen dessen eigene Lebenslage die Bereicherung als iniquitas qualificirt: § 93;

und sodann der Bereicherung auf Unkosten des Anderen durch einen in Contracts- und Quasicontractsverhältnissen nach deren Begründung mittelst der res debita von dem Schuldner auf Grund eines Erwerbmodus gemachten, nicht vertragsmäßigen Gewinn, dafern solcher Erwerb Seitens des Letzteren die dadurch gemachte Bereicherung desselben in concreto um deswillen als iniquitas qualificirt, weil in dem betreffenden Rechtsverhältnisse das periculum dem Gläubiger zur Last fällt: § 89.

Endlich in der dritten Gruppe wird die iniquitas der Bereicherung begründet dadurch, daß die secundäre causa, welche der dieselbe vermittelnden primären causa unterliegt, an einer Mangelhaftigkeit leidet, so daß diesfalls zwar ein Rechtsgrund der Bereicherung gegeben ist, der aber in concreto einen zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrund derselben nicht ergiebt. Und

hierunter fallen die beiden Thatbestände der Bereicherung auf Unkosten des Anderen[916])

durch ein pecuniär indifferentes Rechtsgeschäft unter Lebenden, dafern die demselben unterliegende causa iniusta, turpis, falsa, non secuta oder finita ist: § 88;

durch einen in einfacher juristischer Handlung des Bereicherten oder in juristischem Ereignisse bestehenden Erwerbmodus, der den Erwerb des Eigenthumsrechtes für den Bereicherten und dessen correspondirenden Verlust für den bisherigen Eigenthümer vermittelt, ohne daß für solchen Eigenthumswechsel und die daraus resultirende Bereicherung zur Zeit von deren Verwirklichung überhaupt irgend eine secundäre causa gegeben war:[917]) § 88.

Was aber im Besonderen die Impensen betrifft, so unterfallen der hier maaßgebenden principiellen Ordnung lediglich theils diejenigen Impensen, welche eine Bereicherung des Mitinteressenten vermitteln, nicht aber diejenigen, welche der vom Impendirenden

---

916) Diese Ordnung verkennt Windscheid, Pand. § 421; vgl. dagegen Voigt im civil. Arch. LIV, 29. A. 34 a.

917) Es ist dies der Thatbestand der cond. sine causa, bezüglich deren Arndts, Pand. § 345 bemerkt: „Diese Klage findet überhaupt statt, wenn Jemand ohne rechtfertigenden Grund etwas hat auf Kosten des Vermögens eines Anderen, sei es daß es an solchem Grunde des Erwerbes von Anfang an fehlte, oder daß der Anfangs vorhandene Grund später weggefallen ist." Allein dem steht entgegen, zunächst daß beim Thatbestande der cond. caus. non sec., ebenso wie caus. finita der Anfangs vorhandene Grund später weggefallen ist und dennoch die cond. sine causa nicht Platz greift, ein Moment, der namentlich dadurch eine ganz besondere Bedeutung gewinnt, daß durch mala fides zwar die letzte, nicht aber die beiden ersten in cond. furt. umgewandelt werden; und sodann daß die cond. sine causa niemals aus einem zwischen den betreffenden Interessenten selbst abgeschlossenen, an sich rechtsbeständigen Rechtsgeschäfte Platz greift, dem es an einer causa gänzlich gebricht: denn die solennen Geschäfte bedürfen der causa überhaupt gar nicht, so daß dieselben auch beim Mangel von solcher der Condiction nicht unterliegen: A. 1181, während für die Eigenthumstradition zwar eine causa erforderlich ist und zwar bezüglich der publicianischen Klagen nach Maaßgabe des Edictes: Beil. XXI § IV. VI., und bezüglich der rei vind. auf Grund der auctoritas ICtorum: Voigt, cond. ob caus. 132 fg. 577 fg., allein hier die Deficienz der causa nicht cond. sine causa, sondern Nichtigkeit und rei vindic. begründet. Ueberdem ist solches klar, bestimmt und bündig ausgesprochen in dem Satze: qui sciens indebitum promittit vel solvit, non repetit: Voigt, a. O. § 67.

erlittenen Schädigung sich subsumiren (§ 69 unter A. 7. 8), theils die impensae necessariae im Gegensatze zu den utiles und voluptuariae. Vielmehr während bei den necessariae die Deficienz einer causa die Verbindlichkeit zu deren Erstattung begründet, begründet wiederum bei den utiles und voluptuariae nicht die Deficienz, als vielmehr lediglich das Vorhandensein einer causa: Mandat oder neg. gest. die Verbindlichkeit zu deren Erstattung, womit nun auch im Zusammenhang steht, daß die Gegenforderung wegen dieser Impensen innerhalb des Obligationenrechtes nicht als connex gilt mit dem Voranspruche auf Prästation des betreffenden Objectes, somit aber weder a. contraria oder gegentheilige a. directa, noch auch defensio ipso iure, als vielmehr lediglich die agressiven, wie defensiven Rechtsmittel aus Mandat und neg. gest. begründet, (A. 1095. § 132), Rechtsätze, von denen nur bei der her. pet eine Ausnahme bezüglich der impensae voluptuariae sich ergiebt, wogegen bezüglich der impensae utiles bei der form. pet. im Allgemeinen der Gesichtspunkt der neg. gestio eingreift (A. 961 fg.). Dagegen bezüglich der impensae necessariae ist es wiederum der Act des Impendirens an sich, nicht aber erst der Besitzerwerb des betreffenden Objectes Seitens des andern Theils, welcher, in Verbindung mit der Deficienz einer causa dafür, die Verbindlichkeit zur Erstattung des Aufwandes begründet. Und demgemäß ist es auch bezüglich der Verbindlichkeit des Bereicherten zur Restitution der impensae necessariae juristisch irrelevant, wenn das betreffende Object vor den Lit. Cont. unterging, sei es nun, daß dasselbe in den Besitz von Jenem bereits gelangt oder aber noch nicht gelangt war:

Lab. bei Ulp. 10. 32 ad Ed. (D. III, 5, 10. § 1. XIX, 1, 13. § 22); Pomp. 35 ad Sab. (D. XXV, 1, 4); Gai. 3. 9 ad Ed. prov. (D. III, 5, 22. XIII, 6, 18. § 4); Paul 36 ad Ed. (D. XXV, 1, 4),

ein Rechtssatz, von welchem eine Ausnahme zunächst für den Fall statuirt wird, daß der Impendirende selbst nach beschehenem Aufwande durch vertretbare Verschuldung den Untergang des betreffenden Objectes herbeiführte:

Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. cit. vgl. Alex. im C. Just. IV, 35, 4,

und wo sonach pönaler Weise der Impensen-Anspruch versagt, zugleich aber die Ausnahme selbst nur auf den Fall des Unterganges

des Objectes beschränkt, nicht aber auf dessen Deteriorirung mit erstreckt wird:

Gord. im C. Just. IV, 24, 7;

und wovon eine anderweite Ausnahme sodann gegenüber dem praedo bei der her. pet. zugelassen wird, indem hier der Untergang der betreffenden res hereditaria vor Restitution der hereditas den Kläger von der Pflicht zur Erstattung der Impensen befreit:

Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38): bon. fid. quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non extet, in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur; praedo autem non aliter quam si res melior sit.

Endlich ergiebt sich ganz von selbst auch noch eine fernere Ausnahme in dem Falle, daß die Impensenforderung nur defensiv zur Geltung gebracht werden kann, durch Untergang des betreffenden Objectes aber das bezügliche principale Rechtsverhältniß selbst vollständig gelöst ist.

Das wider die ungerechtfertigte Bereicherung gesetzte Correctiv nun besteht in den beiden Fällen der zweiten Gruppe, welche auf dem honorarischen Edicte beruhen: bei cap. dem. und absentia singulärer Weise in der rest. in int., somit in Wiederherstellung des durch die Bereicherung ungerechtfertigter Maaßen gestörten, vorher bestandenen Vermögensstatus: die a. rescissoria und restitutoria machen einfach das verloren gegangene Recht gleich als ein nicht verlorenes geltend. Dagegen in allen übrigen Fällen greift als die normale Ordnung der Correctur die Restitution des Betrages der ungerechtfertigten Bereicherung Platz. Und indem diese Restitution rein reipersecutorischer Natur ist, so wird nun ebenso von der in concreto wirklich erlangten Bereicherung die Verbindlichkeit zu deren Restitution thatbeständlich bedingt, wie auch nach deren Höhe der ziffermäßige Betrag des Restitutionsquantum bemessen.

Als maaßgebender Zeitpunkt aber für die Fixirung vom pecuniären Status der Bereicherung ist ein verschiedener Moment gesetzt: bald der Zeitpunkt des Erwerbes der letzteren: bei den Klagen auf id quod pervenit,[918]) bald wiederum der Zeitpunkt

918) Id quod pervenit bezeichnet an sich nur den Erwerb (A. 738), allein

der Lit. Cont.: bei den Klagen auf quanto locupletior factus est. Und zwar wird diese Unterscheidung an sich bekundet theils durch das S. C. Iuventianum v. 129 in Dig. V, 3, 20. § 6:

Pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere,

womit gleichbedeutend zuvor gesagt ist:

Redacta ex pretio rerum venditarum pecunia;

sowie andrerseits:

Condemnandos — eos — usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent;

theils auch durch die entsprechende verschiedene Conception der bezüglichen taxationes. Denn einestheils findet sich

A. die taxatio auf „Dumtaxat quantum ad Num. Negidium pervenit dolove malo Num. Negidii factum est, quominus ad eum perveniat“ [919]) und zwar bei

1. a. utilis oder in factum wider den Delinquenten nach Ablauf der Verjährungszeit der honorarischen a. ex delicto:

Edict. perpet. in Dig. XLIII, 16, 1. pr. Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 24);

2. a. utilis oder in factum wider den durch Delict des Anderen bereicherten Dritten, mit Ausnahme jedoch des Pupillen oder furiosus und so zwar

a. wider den Erben:

Lab. bei Ulp. 29. 71 ad Ed. (D. XIV, 2, 9. § 2. XXXIX, 1 20. § 8); Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 2, 19. IV, 3, 26); Venul. 6 Interd. (D. XLII, 8, 11); Ulp. 10. 11. 29. 56. 69. 71. 72 ad Ed. (D. III, 6, 5. pr. IV, 2, 16. § 2. IV, 3, 17, § 1. XIV, 2, 7. § 5. XLVII, 8, 2. § 27. XLIII, 16, 1. § 48. fr. 3 pr. XLIII, 24, 15. § 3. XLIII, 4, 1.

---

in technischer Bedeutung wird stillschweigend das Moment des Bereichernden des Erwerbes supplirt.

919) Diese Conception wird bekundet durch Lab. bei Ulp. 71 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 20. § 8), Pomp, 16 ad Sab. (D. XXV, 2, 4), Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 24), Paul. 11. 65 ad Ed. (D. IV, 3, 27. XLIII, 16, 2); vgl. Ulp. 71 ad Ed. (D. L, 17, 157. § 1), 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 23. § 9).

§ 8); Paul. 20. 59 ad Ed. (D. L, 17, 127. XLII, 5, 10); Diocl. et Max. im C. Just. IV, 17, 1; Aurel. im C. Herm. II, 1;

b. wider den Gewalthaber:[920])

Lab. bei Ulp. 29. 66 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12. XLII, 8, 6. § 12); Pap. 11 Quaest. (D. XXV, 2, 5); Ulp. 29. 34. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 16. XXV, 5, 1. § 5. XLIII, 16, 1. § 19), 41 ad Sab. (D. XIII, 1, 4);

c. wider die juristische Person oder den Mandanten:

Pomp. bei Ulp. 10 ad Ed. (D. XLIII, 16, 4), Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 15. § 1. 2);

B. Und andererseits wiederum die taxatio: „Dumtaxat quanto Num. Negidius locupletior factus est“ findet sich bei

1. a. utilis wider den Pupillen oder furiosus auf Restitution der Bereicherung, welche derselbe erlangte

a. durch ein ohne tutoris auctoritas begründetes Rechtsverhältniß: rescr. Antonini Pii bei Ulp. 10. 28. ad Ed. (D. III, 5, 3. § 4. XIII, 6, 3. pr.), 1 ad Sab. (D. XXVI, 8, 1. pr.) und bei Paul. 1 Quaest. (D. III, 5, 34); Pomp. 6 ex Plaut. (D. XLVI, 3, 66); Ulp. 30. 76. ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 15. XLIV, 4, 4. § 4); vgl. Paul. 1 Sent. (D. III, 5, 37. pr.); Marc. 4 Reg. (D. XLVI, 3, 47);

b. durch delictisches Verhalten des tutor:

Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 7); Pap. 20 Quaest. (D. XXVI, 9, 3); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 15. pr.);

2. a. Pauliana utilis:[921])

Ulp. 66 ad Ed, (D. XLII, 8, 6. § 11);

3. cond. ob caus.[922]) und zwar

---

920) Hier bei a. ex delicto oder quasi ex contractu utilis oder interd. utile de in rem verso, wie de peculio und zwar letzterenfalls formulirend auf: quantum ad peculium pervenit.

921) Vgl. wegen derselben Voigt, cond. ob. caus. A. 744.

922) Vgl. Voigt, a. O. A. 258 unter 1 und 3. Ohne Grund negirt Keller, Civ. Pr. A. 454 in den Fällen unter 1 und 3a die taxato überhaupt.

a. cond. sine causa in Folge von donat. int. vir. et ux.:

Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 5. § 18. fr. 33. § 1); vgl. Ulp. cit. (D. cit. fr. 7. pr. § 3), Paul. 7 ad Sab. (D. XXIV, 1, 28. pr.), 6 Quaest. (D. XXIV, 1, 55);

b. cond. ob iniust. c. bei datio auf Grund nichtiger transactio über letztwillig hinterlassene Alimente:

Ulp. 5 de Omn. trib. (D. II, 15, 8. § 22).

Die sachliche Verschiedenheit aber beider Ausdrücke besteht darin, daß das quod pervenit die erlangte Bereicherung überhaupt bezeichnet, so daß es irrelevant ist, ob dieselbe zum Zeitpunkte der Lit. Cont. oder des Judicates noch vorhanden oder wieder verloren worden ist:

Paul. 20 ad Ed. (D. L, 17, 127): quum praetor in heredem dat actionem quatenus ad eum pervenit, sufficit, si vel momento ad eum pervenit;

S. C. Juventian. cit.

wogegen das quanto locupletior factus est lediglich die noch vorhandene erlangte Bereicherung bezeichnet,[923]) dem zufolge hier wesentliches Erforderniß ist, daß dieselbe zum maaßgebenden Zeitpunkte noch im Vermögen des Betreffenden sich befinde:

Jul. 64 Dig. (D. IV, 2, 18): si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiorem;

Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 11 fg. fr. 27. 29); vgl. Paul. sent. rec. I, 9, 4 a.

Und jenen maaßgebenden Zeitpunkt selbst wieder ergiebt im Allgemeinen die Lit. Cont.:

Sev. und Carac. bei Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 7. pr.), Ulp. l. c. (D. cit. fr. 5. § 18. fr. 7. § 3), 11 ad Ed. (D. IV, 2, 20), Paul. 1 Sent. (D. III, 5, 37. pr.), Mar-

---

923) Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 23. pr.) drückt den Gegensatz so aus: quod prima ratione fuerit, und: quod durat. Vgl. auch Ulp. 49 ad Ed. (D. XVIII, 4, 2. § 1. 3). Die Rede der röm. Juristen hält sich jedoch hier, wie anderwärts nicht ganz frei von Negligenzen, so Pomp. bei Jul. 3 Dig. (D III, 5, 6. § 6) bezüglich der a. de in rem verso (unter II B), Proc. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 3. § 4) bezüglich der a. ex delicto utilis de in rem verso (unter II A), Jul. 3 Dig. (D. III, 5, 6. § 3) bezüglich der a. neg. gest. contraria. Im Allgemeinen vgl. noch bei A. 841.

cian. 4 Reg. (D. XLVI, 3, 47. pr.); vgl. Paul. l. c. (D. IV, 4, 34. pr.);[924])

für die hered. petitio insbesondere aber nach einer erst spät zur Anerkennung gelangten und vorher controversen Lehrmeinung das Judicat:

Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 36. § 4): quo tempore locupletior esse debet bonae fidei possessor dubitatur; sed magis est rei iudicatae tempus spectandum esse.

Indem nun aber die processualische Geltendmachung der betreffenden Ansprüche auf Restitution der Bereicherung durch Klagen erfolgt, so zerfallen daher dieselben, mit Ausnahme der a. rescissoria und restitutoria, nach jener zwiefältigen Modalität der Fixirung vom pecuniären Status der Bereicherung in zwei Gruppen, nämlich

I. Klagen, welche auf das quanto locupletior factus est reus in dem im Obigen festgestellten technischen Sinne sich richten. Und zwar wird solche sachliche Bedeutung untergelegt:

A. der taxatio „Dumtaxat quanto Num. Negidius locupletior factus est" der bezüglichen Klagen, somit bei

1. a. utilis ex contractu vel quasi wider Pupillen oder furiosus aus dem ohne tutoris auctoritas begründeten bereichernden Rechtsverhältnisse: unter B 1 a:

2. a. utilis ex delicto oder a. in factum wider Pupillen oder furiosus aus dem bereichernden Delicte des Tutor: unter B 1 b, übereinstimmend damit, daß auch die exc. doli wider den Pupillen auf quanto locupletior factus est sich richtet: Ulp. 11. 76 ad Ed. (D. IV, 3, 15. pr. XLIV, 4, 4. § 23);

B. der taxatio „Dumtaxat quantum ad Num. Negidium pervenit dolove malo Num. Negidii factum est, quominus ad eum perveniat" bei folgenden Klagen:[925])

---

924) Vgl. Keller, Lit. Cont. 195. A. 4., wie auch Mandry, im Arch. f. civil. Prax. 1865. 48, 232 fg. Ganz unhaltbar ist die Distinction von Sell, Versuche I, 16 fg. Bezüglich der oberwähnten Lehrmeinung von Paul. 20 ad Ed. vgl. A. 1750.

925) Bezüglich der obigen, wie der in § 80 betrachteten Klagen treten folgende wirkliche Widersprüche zwischen der civilrechtlichen Theorie und der processualischen Formelconception zu Tage: A. der taxatio auf quan-

1. a. utilis ex delicto oder a. in factum wider den Delinquenten nach Ablauf der Verjährungszeit der honorarischen a. ex delicto:

Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 3, 28):

2. a. utilis ex delicto oder a. in factum wider den bereicherten Dritten, mit Ausnahme jedoch von I A 2 und II A; und so zwar bei

a. der actio ex delicto utilis oder in factum wider den Erben:

Lab. bei Paul. 52 ad Ed. (D. XXXIX, 4, 4. pr.); Jul. 55 Dig. (D. VI, 1, 52); Marcell. 24 Dig. (D. XL, 13, 2), Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 3, 26); Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 2. § 27); vgl. Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 3. pr.), Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.);

wovon jedoch eine Ausnahme bildet die hered. petitio possessoria, welche wegen des dolo malo desinere possidere des Erblassers wider den Erben auf das volle id quod ad eum pervenit sich richtet:

Paul. 20 ad Ed. (D. L, 17, 127. vgl. A. 1116);

b. der a. ex delicto oder quasi ex contractu utilis oder dem interd. utile de peculio wider den Gewalthaber:

Atilicin. bei Pomp. 6 ad Sab. (D. XXX, 1, 48. pr.), Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12), Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 5, 4. § 1);[926])

---

tum pervenit wird die sachliche Bedeutung untergelegt des quanto locupletior factus est: unter I B; B. der condemnatio auf quanti ea res erit wird die Bedeutung untergelegt: a. des quanti interest: unter III. § 80 unter II. III: b. des quanto locupletior factus est: unter I C; c. des quod ad eum pervenit: unter II C. Alle diese Widersprüche gehören jedoch der rechtshistorischen Entwickelung an und sind deßhalb in § 142 zu erörtern. In Bezug auf die erste Thatsache sagt Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 23. pr.): verbum „pervenisse“ ambiguum est, solumne hoc contineret, quod prima ratione fuerit, an vero et id, quod durat (A. 923); allein diese ambiguitas ist eben erst durch jene interpretative Thätigkeit der Juristen geschaffen worden; vgl. A. 764.

926) Dies ergiebt sich schon aus der allerdings abusiven, wie Ulp. 2 Disp. (D. L, 17, 58) besonders bezeugt, Benennung der Klage als a. de

c. demnach wohl auch bei a. ex delicto utilis oder in factum ebenso wider die juristische Person oder den Mandanten, obwohl hierfür die besonderen Zeugnisse mangeln.

C. Der condemnatio „Quanti ea res erit, tantam pecuniam oder resp. tantae pecuniae quadruplum, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato," und zwar

1. bei a quod met. causa wider den dritten Besitzer: Jul. 64 Dig. (D. IV, 2, 18);[927]) vgl. Ped. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 5);

2. ausnahmsweise bei hered. petitio, somit bei formula petitoria in Function einer cond. sine causa in den drei Fällen, daß der bon. fid. poss. durch Veräußerung von Nachlaßobjecten vor der in ius vocatio oder der hereditas vor der Lit. Cont. oder durch Eigenthumserwerb der vor der Lit. Cont. separirten Früchte auf Unkosten des Klägers eine Bereicherung erlangte: § 85 unter C 2 e. 3;

3. bei incerti cond. ex lege repetundarum wider den bereicherten Dritten, nach Analogie von 1.[928])

II. Die andere Gruppe von Bereicherungsklagen richtet sich dagegen auf das quod ad reum pervenit in dem oben festgestellten technischen Sinne der Bereicherung nach dem Status zum Zeitpunkte ihres Erwerbes. Und dem entsprechend wird denn nun solche sachliche Bedeutung beigemessen

A. der taxatio „Dumtaxat quantum ad Num. Negidium

---

peculio: Lab. bei Ulp. 66 ad Sab. (D. XLII, 8, 6. § 12), Mela und Fulcin. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 3. § 4), Jul. bei Paul. 3 ad Ner. (D. XIII, 1, 19), Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12) im Vergleiche mit Gai. IV, 73. Ulp. 23 ad Ed. (D. XV, 1, 1. § 4), Diocl. et Max. im C. Just. IV, 26, 11.

927) Gegenüber dieser eingehenden Darlegung der Haftung für das bloße quantor locupletior factus est kann das id quod pervenit bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 16. § 2) nur als Nachhall einer älteren Ansicht aufgefaßt werden: vgl. § 142.

928 Dies jedoch erst in der Kaiserzeit, wogegen von Vorne herein die durch die Klagformel gegebene Richtung auf id quod pervenit im obigen technischen Sinne maaßgebend war; § 121. 142. A. 1483.

pervenit dolove malo Num. Negidii factum est, quominus ad eum perveniat" bei a ex delicto oder quasi ex contractu utilis oder interdictum utile de in rem verso wider den Gewalthaber:

Lab. bei Ulp. 66 ad Ed. (D. XLII, 8, 6. § 12); Pap. 11 Quaest. (D. XXV, 2, 5); Ulp. 29. 34. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 16. XXV, 5, 1. § 5. XLIII, 16, 1. § 19), 43 ad Sab. (D. XVIII, 1, 29); Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 5, 4. § 2).

B. Der taxatio „Dumtaxat quod in rem Num. Negidii versum est" bei a. ex contractu vel quasi de in rem verso oder auch bei Cumulation mit der a. de peculio nach Maaßgabe von Nerat. 2 Resp. bei Paul. 4 Quaest. (D. V, 3, 19): „Dumtaxat — — vel si quid in rem Num. Negidii inde versum est":

Lab. bei Ulp. 66 ad Ed. (D. XLII, 8, 6. § 12), Gai. IV, 73. (J. Just. IV, 7, 4), Afric. 8 Quaest. (D. XV, 3, 17. pr.), Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 3. § 7. 8. 10); vgl. Alf. 2 Dig. (D. XV, 3, 16).

C. Der condemnatio: „Quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato," und zwar

1. bei cond. ob caus. mit Ausnahme der furtiva (s. sub III);[929])
2. bei formula petitoria in Function einer cond. sine causa, nämlich in den Fällen, daß bei rei vindicatio der Beklagte bei unverschuldeter Vereitelung der Restitution oder durch eine nach der Lit. Cont. vorgenommene nothwendige oder nützliche Veräußerung des Streitobjectes einen Gewinn machte; oder daß

929) Voigt, Cond. ob caus. 319 fg.; vgl. Mandry im Arch. f. civil. Prax. XLVIII, 240 fg. Die Haftung auf das id quod pervenit wird jedoch in Wahrheit wieder auf das quanto locupletior factus est herabgesetzt durch die Einschränkung, daß die casuelle Vereitelung der Restitution von der Verpflichtung zu solcher liberirt und nur die Verbindlichkeit zur Herausgabe des dabei gemachten Gewinnes bestehen läßt; vgl. A. 1669. 1671. Und so nun in Verbindung mit A. 923 erklärt sich, daß Jul. bei Afric. 2 Quaest. (D. XII, 1, 23) und Paul. 6 Quaest. (D. XXIV, 1, 55) das quanto locupletior factus est zu Grunde legen; vgl. Voigt, a. O. A. 252.

bei her. pet. der Beklagte durch eine nach der Lit. Cont. ex decreto praetoris vorgenommene, oder aber zwar ohne solches Decret vorgenommene, doch aber nothwendige oder nützliche Veräußerung von Nachlaßobjecten eine Bereicherung erlangte; oder daß endlich bei formula petitoria der Beklagte nach der Lit. Cont. dolos das Streitobject veräußerte, welchenfalls der Kläger electiv das diesfallsige pretium fordern kann: § 85 unter C 1. 2 a—d.

D. Der intentio sammt condemnatio: „Quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere ex fide bona, eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato“ der bon. fid. a. (s. A. 775) und zwar in Function

a. einer cond. ob caus. (§ 88 unter I);

b. einer Impensenklage[930]) (§ 88 unter II);

c. einer Bereicherungsklage bezüglich des Gewinnes aus der res debita (§ 89 a. E.).

III. Endlich ganz irregulärer Weise wird zwei Bereicherungsklagen die Richtung auf das id quod interest beigemessen, somit also denselben von der Interpretatio die Function von Schädenklagen beigelegt, nämlich

A. der cond. furtiva triticaria, wie incerti:

Paul. 9 ad Sab. (D. XIII, 1, 3); vgl. A. 1671; Voigt, Cond. ob caus. A. 253.

B. Der a. rerum amotarum:

Sabin. bei Pomp. 16 ad Sab. (D. XXV, 2, 8. § 1), Paul. 37 ad Ed. (D. XXV, 2, 21. § 3. 4), Tryph. 11 Disp. (D. XXV, 2, 29);

eine Ordnung, die jedoch nicht bloß, wie bemerkt, irregulär, sondern deren theoretische Tragweite in Wahrheit die ist, jene beiden Klagen aus Bereicherungsklagen geradezu in Schädenklagen umzuwandeln.

Im Uebrigen aber ergiebt sich daraus zugleich, daß die Bereicherungsklagen ihrer processualischen Natur nach dreifältig

930) Die Natur dieser Klage ergiebt sich aus dem oben bezüglich der Impensen Bemerkten.

sind: theils besondere actiones directae, nämlich condictiones ob causam sammt a. rer. amotarum, cond. ex lege repetundarum, wie a. quod. met. c. wider den dritten Besitzer; theils actiones directae der aequitas, denen die Function als Bereicherungsklage mit übertragen worden ist: bon. fid. a. und formula petitoria, theils endlich actiones utiles: a. de in rem verso, actiones utiles ex contractu vel quasi oder ex delicto, resp. a. in factum, wie a. rescissoria und restitutoria.

Ueberdem erfolgt die defensive Geltendmachung des Anspruches auf Restitution der Bereicherung den Aequitätsklagen gegenüber regelmäßig durch defensio ipso iure und nur ausnahmeweise durch exc. doli mali, und endlich ist in gewisser Beziehung mit den Thatbeständen der cond. ob caus. auch die Folgewirkung verknüpft, daß der davon Benachtheiligte gegenüber der Klage auf Erfüllung des betreffenden Rechtsgeschäftes dessen Nichtrechtsbeständigkeit geltend machen kann und zwar, dafern das Rechtsgeschäft ein bon. fid. negotium ist, ebenfalls durch defensio ipso iure, Punkte, auf welche in § 82 im Näheren zurückzukommen ist.

§ 82.

Das Postulat der Zweiseitigkeit in Berücksichtigung der Vermögensinteressen zur Vermeidung ungerechtfertigter Vermögensschädigung, wie Bereicherung.

Der dritte in § 75 unter III dargelegte Untersatz der aequitas enthält das Verbot, daß aus der Geltendmachung vom Anspruche des einen Interessenten nicht eine iniquitas für den Mitinteressenten nach Maaßgabe der Untersätze in § 80 und 81, somit weder eine ungerechtfertigte Bereicherung des Ersteren, noch eine ungerechtfertigte Vermögensschädigung des Letzteren resultire, oder, was dasselbe besagt, das Gebot, daß die innerhalb eines Rechtsverhältnisses hervortretende Collision der beiderseitigen Interessen nach Maaßgabe jener Satzungen der aequitas gelöst werde. Im Besonderen aber gewinnt solches Postulat wiederum nach einer zwiefachen Richtung hin seine Wirksamkeit, insofern jene Collision der beiderseitigen Interessen bald innerhalb des

nämlichen Rechtsverhältnisses im Allgemeinen obwaltet: dafern dem Rechtsanspruche des Einen ein in jener Weise collidirender Anspruch des Anderen entgegentritt, bald aber auch innerhalb des nämlichen Rechtsanspruches im Besonderen sich geltend macht: dafern der Anforderung des Einen auf richterliche Anerkennung solchen Anspruches die auf die Satzungen in § 80 oder 81 gestützte collidirende Anforderung des Anderen auf dessen Nichtanerkennung entgegentritt. Insbesondere nun beruht

I. der erstere Fall der Interessen-Collision auf dem Verhältnisse, daß innerhalb des nämlichen Rechtsverhältnisses zwei einander gegenüberstehende Ansprüche der beiden Interessenten auf Grund der aequitas mit einander collidiren, somit aber zwei connexe Ansprüche in ein der aequitas widersprechendes Verhältniß zu einander treten. Und zwar wird hierbei die Identität an sich des Rechtsverhältnisses oder die eadem causa und dem entsprechend auch die Connexität des Gegenanspruches einestheils bestimmt durch die Personenidentität der Parteien, und anderntheils für die a. in rem durch die Identität des corpus oder des Rechtsobjectes, für die a. in personam aber durch die Identität der causa obligationis, als der theoretisch festgestellten juristischen Individualität der Obligation.[931]) Solches Verhältniß selbst aber prägt sich wiederum aus in den beiden Vorkommnissen, daß

A. dem Hauptanspruche des Einen ein connexer Hauptanspruch des Anderen nach Maaßgabe der Untersätze der aequitas in § 80 und 81 gegenüber gestellt wird. Und zwar, indem nach § 68 das hier maaßgebende Princip der aequitas lediglich in der Sphäre des Contractes, wie Quasicontractes, und des dinglichen Rechtes insoweit, als an dasselbe Rechtsverhältnisse obligatorischen Characters sich anknüpfen, zur Ausprägung gelangt, tritt solche Collision nur bei wesentlich zweiseitigen Obligationen zu Tage[932]) und wird hier nun nach dem

931) Voigt, Cond. ob caus. § 29. Zu dem Nachstehenden im Allgemeinen vgl. Birkmayer, Exceptionen § 13.

932) Demnach fällt die Collision des meum esse ex iure Quir. und in bonis esse, wie des dominium und der bon. fid. possess. nicht in die

Gesetze einer zeitlichen Aufeinanderfolge der beiden Hauptansprüche gelöst (§ 90 unter I A). Sodann

B. in dem anderen Falle tritt dem Hauptanspruche des Einen ein connexer Nebenanspruch des Anderen nach Maaßgabe der Postulate der aequitas in § 80 und 81 gegenüber, und diesfalls nun wird solche Collision auf dem Wege gelöst, daß Vor- und Gegenanspruch gegen einander abgewogen und ausgeglichen und beziehentlich nach solchem Ergebnisse das Quantum der dem Berechtigten zuzuerkennenden Vermögensleistung bestimmt wird. Im Uebrigen aber tritt solches Collisionsverhältniß, entsprechend jenen zwiefältigen Untersätzen der aequitas, in der doppelten Proportion zu Tage, daß

1. dem Voranspruch ein connexer Gegenanspruch wegen erlittener und von dem Gegner zu vertretender ungerechtfertigter Vermögensschädigung (§ 80) sich entgegenstellt; und dies Verhältniß wiederum gestaltet sich

a. bald zur compensatio culpae (A. 812): dafern der Dolus selbst mit dem Dolus oder die Culpa unmittelbar mit Dolus oder Culpa, nicht aber das durch die Verschuldung der Schädigung begründete Debitum mit dem Debitum compensirt wird;

Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 7. 5); Ulp. 30. 63 ad Ed. (D. XIII, 7, 22. § 4. XVI, 2, 10. pr.); Paul. 5 ad Plaut. (D. XVIII, 1, 57. § 3); Marcian. 2 Reg. (D. IV, 3, 36); vgl. Lab. und Marc. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 13); Jul. 2 Dig. (D. II, 10. 3. § 3);

b. bald zur compensatio debiti, somit also des damnum mit dem debitum, sei es nun daß das damnum herbeigeführt ist durch Verletzung der nach Maaßgabe der aequitas obliegenden Verbindlichkeiten, daher insbesondere durch mora accipiendi des Klägers oder auch bei zweiseitigen Obligationen

---

ureigene Sphäre der aequitas, sondern darüber hinaus: die aequitas greift dabei in ein fremdes Gebiet über; und das manifestirt sich darin, daß solche Collision nicht ipso iure, sondern ope exceptionis: durch exc. rei vend. et trad., wie iusti dominii processualisch zur Geltung gelangt.

durch die vom Kläger bezüglich seiner Leistung verschuldete mora solvendi, Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte, wie Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, sei es daß das damnum sich ergiebt aus einem durch die aequitas reprobirten delictartigen Verhalten des Gegners, mit Ausnahme jedoch der Benutzung des relevanten error in der Willensbestimmung, wo allein die Rechtsordnung unter II Platz greift;

2. oder daß dem Voranspruche ein connexer Gegenanspruch auf Abrechnung der von dem Gegner gemachten ungerechtfertigten Bereicherung (§ 81) sich entgegenstellt, somit also Compensation des lucrum mit dem debitum, so z. B. compensatio lucri cum damno vorliegt (A. 831 fg.), ein Verhältniß, welches eintritt in allen den Fällen, wo die von der aequitas reprimirte Bereicherung vermittelt ward durch einen klagerzeugenden Rechtserwerb.

Der rechtliche Effect aber solchen Gegenanspruches, wie solcher in dem Richterurtheile zur Ausprägung gelangt, ist ein vierfältiger, nämlich

a. retentio bei der a. arbitraria: in der pronuntiatio de restituendo wird gleich als Bedingung für die Restitution oder Exhibition des Streitobjectes Seitens des Beklagten die Erfüllung der demselben zuständigen Gegenforderung Seitens des Klägers von dem Richter gesetzt: A. 963;

b. deductio: in der iudicatio wird die dem Beklagten auferlegte Geldsumme um den Betrag von dessen Gegenforderung gemindert;

c. cessio actionis: in der iudicatio wird eine vom Kläger zur Erfüllung der Gegenforderung des Beklagten zu leistende Cession als Bedingung der Verurtheilung aufgestellt, so bei bon. fid. a.: A. 832 und bei rei vind. per form. petit.: § 84 unter D II a: Ulp. 2 Disp. (D. XXI, 2, 38), Paul. 13 ad Sab. (D. VI, 1, 69);

d. stipulatio iudicialis: in der iudicatio wird eine vom Kläger zur Sicherung der Gegenforderung des Beklagten zu leistende Caution als Bedingung der Verurtheilung aufgestellt,

so per se non fieri, possessionem rei, qua de agitur, reo non traditum iri oder lege Aquilia se non acturum bei dinglicher Klage per formulam petitoriam: § 84 unter D II a und bei A. 964.

Dagegen zur processualischen Geltendmachung solcher Gegenforderung bietet die aequitas bei den ihr unterfallenden Klagen die defensio ipso iure als das normale Rechtsmittel. Lediglich ausnahmeweise fällt dieselbe hinweg und es tritt dann als nothwendiger Ersatz an deren Stelle die exc. doli mali einestheils bei bon. fid. a. in dem Falle, daß auf Grund der Bereicherung des Pupillen eine Gegenforderung wider denselben geltend gemacht wird: § 90, sowie anderntheils bei der formula petitoria, wo indeß wiederum die hered. petitio eine weitgreifende Ausnahme begründet, indem dieselbe in mehrfacher Beziehung zur normalen Ordnung der defensio ipso iure zurückkehrt: § 85 unter D 1.

II. Sodann greift das obige Verbot auch in dem Falle ein, wo innerhalb des nämlichen Rechtsanspruches die Partei-Interessen auf Grund der Postulate der aequitas in § 80 und 81 collidiren, indem der Anforderung des Einen auf Rechtsbeständigkeit seines Anspruches die Anforderung des Anderen auf dessen Nichtrechtsbeständigkeit, gestützt auf jene Satzungen der aequitas, entgegentritt, und wo nun das obige Verbot die Richtung gewinnt, daß bezüglich des fraglichen Anspruches, mag solcher Vor- oder Gegen-Anspruch sein, nicht einseitig das Interesse des Betreffenden, sondern nicht minder auch das Interesse des Gegenparts nach Maaßgabe der aequitas zu berücksichtigen und gegen eine der aequitas widerstreitende Verletzung zu wahren ist. Und zwar kann solche Verletzung an sich durch jenen Anspruch des Mitinteressenten

1. eine gegenwärtige sein, so daß sofort mit Erfüllung jenes Anspruches, sei es eine ungerechtfertigte Schädigung des Leistenden,[933]) sei es eine ungerechtfertigte Bereiche-

933) So durch vis, dolus malus oder Benutzung des error in der Willensbestimmung: s. A. 1096—1098.

rung[934]) des Mitinteressenten herbeigeführt werden würde. Und diesfalls nun greift die Ordnung Platz, daß der betreffende Anspruch als rechtsunbeständig behandelt: sei es rescindirt, sei es für nichtig[935]) erklärt wird. Sodann ist aber auch

2. das Interesse gegen eine durch den Anspruch des Gegners begründete zukünftige Verletzung zu wahren, sei es nun daß die Erfüllung jenes Anspruches den Leistenden mit einer ungerechtfertigten Schädigung oder aber mit einer ungerechtfertigten Bereicherung des Gegners bedroht. Und diesfalls greift wiederum die Ordnung Platz, daß durch Auferlegung einer stipulatio iudicialis der Berechtigte dem Mitinteressenten Sicherstellung wegen der drohenden zukünftigen Verletzung von dessen Interesse zu leisten hat.[936]) Demgemäß wird daher insbesondere einerseits dem Berechtigten solche Caution auferlegt zum Schutze der Interessen des Verpflichteten, und so zwar bei formula petitoria in der pronuntiatio de restituendo die

cautio rei, de qua agitur, recte praestari: Alfen. Var. 6 Dig. (D. VI, 1, 57), 3 Dig. a Paul. epit. (D. VI, 1, 58), Lab. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 19), Nerat. 7 Membr. (D. V, 3, 57);

cautio defensum iri: Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. pr.);

oder in der iudicatio die

cautio de evictione bei a. comm. div.: Paul. 23 ad Ed. (D. X, 3, 10. § 2);

cautio defensum iri bei a. rei uxoriae: Paul. 36 ad Ed. (D. XXIV, 3, 25. § 4), 5 ad Plaut. (D. XXIV, 3, 55), bei a. fam. hercisc.: Voigt, lex Maenia A. 100;

cautio de re restituenda bei a. fiduciae: Pap. 13 Resp.

934) So durch vitiöse causa der intendirten Solution: A. 1101 fg.

935) Ersteres in A. 1096. 1097; Letzteres in A. 1098 fg.

936) In welcher Form der indicatio die Verurtheilung des Beklagten in solche cautio stattfand, darüber herrscht mancher, ziemlich unbegründete Zweifel: Keller, Civ. Pr. A. 448. 771.

(D. XXXIX, 6, 42. pr.) und dazu Keller in Ztschr. f. gesch. R. W. XII, 400 fg.;

wie andrerseits dem Verpflichteten solche Caution auferlegt zum Schutze der Interessen des Berechtigten, und so nun bei formula petitoria in der pronuntiatio de restituendo die

cautio de re restituenda: A. 956. 957.

cautio de dolo: Jul. 3 Dig. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 9. § 5), Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 1, 18. § 20), Ulp. 68 ad Ed. (D. VI, 1, 45), Inst. Just. III, 18, 1;

oder in der iudicatio die

cautio de re restituenda: A. 956;

cautio de re praestanda: A. 974. Pomp. 10 Epist. (D. XIX, 1, 55), Inst. Just. III, 18, 1;

cautio quidquid ad se pervenerit, restitutum iri bei a. ex emto: Jul. 33 Dig. (D. XIX, 1, 23);

cautio defensum iri bei a. mandati: Paul. 5 ad Plaut. (D. XVII, 1, 45. § 2);

cautio de indemnitate bei a. fam. hercisc.: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. X, 2, 19), Paul. 23 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 13. fr. 29);

cautio non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere, wie tigna in parietem immissum non iri bei a. negatoria per form. petit.: Afric. 9 Quaest. (D. XXXIX, 1, 15), Jav. 2 Ep. (D. VIII, 5, 12).

Zur processualischen Geltendmachung aber solchen Conflictes der Interessen des einen mit dem Anspruche des anderen Theiles bietet die aequitas für die ihr angehörigen Klagen theils die defensio ipso iure, insofern nämlich die Begründung des betreffenden Anspruches jenen Interessen-Conflict herbeiführte, theils aber auch die bon. fid. a., insofern die Aufhebung solcher Klage jenen Conflict begründete.[937])

---

937) Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 24. pr.): irrita sit approbatio (sc. operis locati) dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit; 11 ad Ed. (D. IV, 3, 25): quum a te pecuniam peterem eoque nomine iudicium acceptum est, falso mihi persuasisti, tamquam eam pecuniam servo meo aut procuratori solvisses, eoque modo consecutus es, ut consentiente me absolvereris; quaerentibus nobis, an in te doli iudicium dari debeat, placuit de dolo actionem non dari, quia alio modo mihi succurri potest;

So daher ergeben sich aus Alle dem die besonderen theoretischen Ordnungen und die eigenthümliche practische Behandlung der Rechtsverhältnisse, welche aus der hier erörterten Position der aequitas ebenso in Unterschied von den in § 80 und 81 behandelten beiden Positionen, wie im Gegensatze zu dem rigor hervorgehen: während jene letzteren beiden Positionen den Anspruch eines Interessenten auf Ersatz der erlittenen ungerechtfertigten Schädigung oder auf Restitution der vom Gegenpart erworbenen ungerechtfertigten Bereicherung ergeben, so führt nun die hier entwickelte Position einerseits zu der Ordnung, daß solcher Anspruch des ungerechtfertigt Benachtheiligten mit einem connexen Voranspruche des Schädigers oder des Bereicherten processualisch cumulirt: zu processualisch einheitlicher Behandlung verbunden wird, wie andrerseits zu der diametral entgegenstehenden Ordnung, daß anstatt solchen Anspruches auf Schadenersatz oder Restitution der Bereicherung dem Benachtheiligten vielmehr das Recht zugesprochen wird, den ungerechtfertigt schädigenden oder bereichernden Vorgang als nicht zu Recht bestehend: als rescissibel oder nichtig zu behandeln: es wird mit Einem Worte zu Gunsten des benachtheiligten Interessenten der ungerechtfertigt schädigende oder andrerseits ungerechtfertigt bereichernde Vorgang innerhalb der angegebenen Gränzen gleich als sogen. negotium claudicans von der aequitas behandelt.

§ 83.

A. Die formula petitoria als Organ der aequitas.

Die in § 76 gestellte Aufgabe, die dingliche Klage per formulam petitoriam in ihrer Function als eines der Centralorgane der aequitas zur Darstellung zu bringen und so die mehrfachen Positionen der Letzteren darzulegen, welche in Jener zur Ausprägung gelangt sind, ist am Geeignetsten in der Weise zu lösen, daß die

---

nam ex integro agere possum et, si obiciatur exceptio rei iudicatae, replicatione iure uti potero, wo ebenfalls der doppelte Gesichtspunkt, wie in A. 1102 a. E. Platz greift und die replicatio, entsprechend wie in A. 1101 die exc., auch ipso iure geltend gemacht werden kann. Dagegen steht auf dem Gesichtspunkte von § 80 Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 4): an Stelle der durch vis aufgehobenen Klage tritt a. quod met. c. auf Entschädigung.

Darstellung einestheils an die prozeßualische Entwickelung der Klage sich anschließt, weil an deren verschiedene Stadien je verschiedene Verbindlichkeiten des Beklagten sich anknüpfen, anderntheils aber der Uebersichtlichkeit wegen von den mehreren dinglichen Klagen nur zwei derselben maaßgebend in Betracht zu ziehen: vor Allem die rei vindicatio, als den Haupttypus der ganzen Gruppe, und sodann die hereditatis petitio, als derjenigen jüngeren Bildung, an welcher die Untersätze der aequitas in noch weitergreifendem Maaße sich verwirklichen. Was demnach

A. Den Prozeß in seinem Stadium bis zur Litis Contestation anbetrifft, so ist die ältere Rechtsordnung, wonach die Klage nur insoweit wider Jemand erhoben werden kann, als derselbe zum Zeitpunkte der Lit. Cont. Besitzer des Klagobjectes ist, in drei Ausnahme-Punkten aufgegeben worden; nämlich

1. für den Fall, daß der mal. fid. possessor vor der Lit. Cont. vorsätzlich den Besitz der hereditas wieder aufgiebt,[938]) schrieb das S. C. Juventianum v. 129 bezüglich der hered. petitio vor:[939])

---

938) Die Klage nimmt jedoch diesfalls Fiction in sich auf: A. 987. Die Rechtsordnung an sich aber, daß hinsichtlich der obliegenden Restitution oder Exhibition des Eigenthums- oder Besitz-Objectes der Richterfüllung solcher Pflicht die vor der Lit. Cont. bewirkte, vorsätzliche Vereitelung der Möglichkeit ihrer Erfüllung gleichgestellt ist, geht aus von dem prätor. Edicte und hier zweifelsohne von der a. ad exhibendum. Das Edict bietet dafür die doppelte Formulirung: dolo malo facere, ut desinat possidere oder habere oder dergleichen: so das Edict über das interd. Quorum bonorum, de tabulis exhibend., de precario, und so wohl auch über das interd. Quod legatorum und die a. ad exhibendum; und sodann: dolo malo facere, quominus apud eum sit das Edict über das interd. de liberis exhibendis und über die a. noxalis, wie auch über die a. de peculio; s. die Belege bei Voigt, Bedeutungswechsel 55. Dagegen in das Edict Si quis omissa causa testamenti ward das dolo malo facere, quominus possideat erst durch die Rechtswissenschaft hineingetragen: Ulp. 50 ad Ed. (D. XXXIX, 4, 1. § 10—12). Die Formulirung des S. C. Juvent.: facere, quominus possideat weicht namentlich durch Auslassung des dolo malo von der prätorischen ab, was von Bedeutung ist wegen des Falles unter C 2 c. — Bei denjenigen actiones arbitrariae, welche gegen den Detentor, nicht aber gegen den Besitzer mit juristischem oder abgeleitetem Besitze oder gegen den Eigenthümer gehen, so bei a. depositi oder commodati, greift das facere quominus possideat mit seinen Consequenzen (A. 981) nicht Platz.

939) Nach Franke, Hered. Pet. 149 hat dieser Satz nicht nur längst schon

Eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent (D. V, 3, 20. § 6 fr. 25. § 2); vgl. Marcell. 4 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 13. § 14), Ulp. cit. (D. V, 3, 13. § 2. fr. 25. § 2—10. und fr. 20. § 12): si quis sciens ad se hereditatem non pertinere distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis et fructus earum.

Diese Rechtsordnung aber, worunter auch die vom mal. fid. possessor vor der Lit. Cont. consumirten Früchte fallen, ward später auch auf den mal. fid. possessor gegenüber der rei vind. übertragen und zwar in zwei verschiedenen Ansätzen: zuerst auf die Vindication aus dem legatum per vindicat., wo dieselbe bekundet wird von Gai. II, 215, wozu vgl. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 7, 3. § 5), wogegen in allen anderen Fällen der Vindicant

im römischen Rechte gegolten, sondern hat bereits vor dem S. C. auch auf den bon. fid. Anwendung erlitten. Für diese letztere Position ist der Beweis gar nicht einmal versucht worden; für die erstere Position dagegen soll den Beweis ergeben der Umstand, zunächst daß die Gleichstellung dessen, der facit, quominus possideat mit dem Besitzer in dem Edicte schon längst bezüglich der restitut. Interdicte ausgesprochen war: allein dieses an sich schon beweisunkräftige Argument wird widerlegt theils durch das Zeugniß, daß das S. C. zuerst jenen Satz auf die her. pet. anwendete: Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 3), theils durch Javol. ex Cass. (D. V, 3, 48) und Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 33. § 1), wonach vor dem S. C. der einschlagende Thatbestand nicht dem facere, quominus possideat, als vielmehr dem pretium succedere in locum rei unterstellt ward (s. unter C 2a); sodann daß die fragliche Rechtsordnung „auch zu natürlich und nothwendig war“: allein dies ist unwahr, denn sonst hätte doch solche Ordnung bereits im XII Tafel-Rechte gelten müssen, was sicher nicht der Fall ist; endlich drittens, daß bereits Lab. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 18. pr.), wie Jul. den betreffenden Rechtssatz schon vor dem S. C. kannten: allein dies ist unwahr, da Beide zwar den Satz: pretium succedit in locum rei, nicht aber die Haftung dessen, der facit, quominus possideat kennen, beide Ordnungen aber nicht nur nicht verwandt, sondern diametral entgegengesetzt sind: denn dort haftet der Beklagte nicht auf die res, sondern auf deren pretium, hier dagegen haftet er nicht auf das pretium, sondern auf die res selbst.

auf die a. ad exhibendum allein verwiesen wird von Marcell. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 4), Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 11. § 2), fr. in J. Just. II, 8, 2; und sodann auf alle übrigen Fälle der Vindication, wo sie aufgestellt wird von Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 3), sowie, bezüglich der fructus percepti insbesondere, von Alex. im C. Just. III, 33, 5. Diocl. et Max. das. III, 32, 17, 22. Just. in Inst. II, 1, 35. Immerhin aber erfolgten jene Extensionen nicht ohne eine Modification der Klagformel (A. 987).

2. Für den Fall, daß Jemand zwar nicht zum Zeitpunct der Lit. Cont., wohl aber der pronuntiatio de restituendo Besitzer war, ließ man bei der rei vind. nach der proculianischen Lehrmeinung die Verurtheilung zu:

Proc. Pegas. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 30 pr.) und bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 1), wozu vgl. Wetzell, Vind. Pr. 111; Jul. 9 Dig. (D. X, 4, 8); vgl. § 139 unter A 3.

3. Endlich ward der mal. fid. possessor wegen der fructus ante lit. cont. neglecti bei der rei vind., wie der her. pet. dem gleich gestellt, der fecit, quo minus, possideat:[940])

Paul. 16 Resp. (D. XXII, 1, 15), Gord. im C. Just. III, 32, 5. Diocl. et Max. das. c. 22. J. Just. IV, 17, 2. vgl. Valent. et Val. im C. Th. IV, 18, 1. — Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 4) vgl. A. 962.

B. Die Litiscontestation bewirkte keine Novation,[941]) dagegen aber wurde das Streitverhältniß neu geordnet durch die stipulatio iudicatum solvi. Und zwar war diese in doppelter Richtung von derartigem Einfluße, insofern nämlich

1. dadurch möglicher Weise das Besitzverhältniß während des Prozesses betroffen wurde, sofern der Beklagte wirklicher possessor des Streitobjectes ist. Denn indem mit jener Stipulation eine Regulirung des Prozeßbesitzes[942]) Hand in Hand geht, so bestimmt

---

940) Diesem Rechtssatze liegt die Idee zu Grunde, den mal. fid. poss. als neg. gestor des Eigenthümers zu behandeln; vgl. A. 962. 973.

941) Vgl. A. 1692. Keller, Lit. Cont. 169 fg.

942) Dieser Besitz enthält nicht interimistisches meum esse ex iur. Quir., sondern nur possessio: Gai. IV, 16. 89. Pseudo-Asc. in Cic. in Verr.

sich diese nach dem Gesetze, daß an erster Stelle dem Beklagten gegen satisdatio iudicatum solvi der Besitz zu belassen ist; dafern aber dieser solche Satisdation zu übernehmen ablehnt, der Besitz dem Kläger gegen gleiche Satisdation übertragen wird;[943]) endlich dann, wenn auch der Letztere dessen sich weigert, der Besitz wiederum dem Beklagten gegen einfache stipulatio iudicatum solvi und ohne Satisdation belassen, eventuell bei zweifelhafter Solvenz desselben einem Sequester übertragen wird:[944])

Paul. Sent. rec. I, 11, 1. 41 ad Ed. (D. XXXVII, 10, 6. § 6) und dazu Scaev. 2 Resp. (D. XXXVII, 10, 14), sowie Wetzell, a. O. 40 fg. — Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 6, 1.

2. Ward dadurch das streitige Rechtsverhältniß insoweit auf die in jener Stipulation[945]) gegebene contractliche Basis übergeleitet, als der Besitzer durch die clausulae de re iudicata und doli mali sich verpflichtete, das künftige richterliche iudicatum ohne Arglist zu erfüllen, somit für den Fall seiner Verurtheilung die richterliche Litisästimation zu leisten, sowie überdem das Alterum Tantum der vom Prozeßobjecte ferner noch erwachsenden fructus dem Gegner zu prästiren, dem entsprechend nun die stipulatio iudicatum solvi dahin sich concipirte:[946])

---

p. 191. Daher begründete deren Uebertragung auf den Kläger eine Unterbrechung der Usucapion des Beklagten, während ihre Belassung bei dem Beklagten die Vollendung seiner Usucapion ermöglichte: Marc. 22 Dig. (D. XLI, 6, 2), Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 1, 18. 20), Ulp. 16. 17 ad Ed. (D. VI, 1, 17. VIII, 5, 8. § 4), Paul. 21. 54 ad Ed. (D. VI, 1, 21. XLI, 4, 2. § 21). Und sodann gab jene possessio publicianisches ius in re: denn interim domini loco habetur sagt Anton. Pius bei Callistr. 5 de Cogn. (D. XLVIII, 18, 15. § 2).

943) Alles dies weist darauf hin, daß der Prozeßbesitz nicht immer als Vortheil galt: jedenfalls war es vielfach rathsam, dem solventen Gegner die Sorge für die fructus zuzuschieben.

944) Vgl. Muther, Sequestration § 59 fg., sowie wegen der gesammten Ordnung: Hartmann, Contumacialverf. 175 fg. Bei der negatoria de usufructu wird der Proceßbesitz dem klagenden Eigenthümer gegen cautio de restit. fructibus gegeben: Paul. 5 Sent. (D. VII, 1, 60).

945) Justinian setzte an Stelle der stipulatio iudicatum solvi die wesentlich verschiedene cautio de re defendenda s. A. 984.

946) Vgl. darüber Schirmer, Judicialstip. 47 fg. Keller, Civ. Pr. A. 660 fg. Rudorff, Edict. § 295 und die daselbst Citirten.

Si ea res, qua de agitur, a L. Octavio iudice quive in eius locum substitutus erit,[947] secundum me heredemve meum iudicata erit[948] aut,[949] quamdiu res sit,[950] boni viri arbitratu non defendatur,[951] quanti ea lis aestimata erit[952] quantique eius rei fructus erunt,[953] tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse abfuturumque esse[954] spondes?

Während daher die clausula de re defendenda innerhalb ihrer Sphäre das Streitverhältniß bis zur iudicatio auf eine contractliche Grundlage stellte, so beließ die clausula de re iudicata das Verhältniß bis zur iudicatio durchaus auf legislativer

---

947) Scaev. 20 Dig. (D. XLVI, 7, 20), Ulp. 77 ad Ed. (D. cit. 3 pr.).

948) Cels. 25 Dig. (D. L, 16, 158) vgl. Alfen. 6 Dig. (D. VI, 1, 57), Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 7), Scaev. 20 Dig. (D. XLVI, 7, 20), Macer. 1 de App. (D. II, 8, 15. § 6), sowie das S. C. Juvent.: si adversus eos iudicatum esset (D. V, 3, 20. § 6. 17).

949) Wegen solcher Verbindung beider Clauseln vgl. Ulp. 7 Disp. (D. XLVI, 7, 13. pr.), 77 ad Ed. (D. cit. 5 § 2).

950) Afric. 6 Quaest. (D. XLVI, 7, 15): haec stipulatio: Quamdiu res [sit], non defendatur; vgl. Paul. 71. 74 ad Ed. (D. cit. 2. 11).

951) Afric. 6 Quaest. (D. III, 3, 78. pr.), Pomp. 26 ad Sab. (D. XLVI, 7, 12), Venul. 6 Stip. (D. XLVI, 7, 17), Ulp. 77 ad Ed. (D. XLVI, 1, 33); vgl. A. 950.

952) Gai. IV, 89: satisdatione — cavere, si victus sis nec litis aestimationem sufferas; J. Just. IV, 11. pr.: stipulatur quis, ut solvatur sibi, quod fuerit iudicatum; § 2: satisdatio pro litis aestimatione; Theoph. Par. IV, 11. pr.: ἐπηρώτα ὁ ἄκτωρ οὕτως· Ὁμολογεῖς καταλαβεῖν μοι, ὃ ἂν γένηται κριθέν; Glossar bei Brisson de V. S. v. iudicare: iudicatum solvi ἡ τῆς κρίσεως λύσις· λέγει γὰρ ὁ ἄκτωρ πρὸς τὸν ῥέον· Ὁμολογεῖς καταλαβεῖν μοι, ὃ ἂν γένηται κριθὲν ἐπὶ τῷ λυθῆναι τὴν κρίσιν (spondesne te mihi daturum, quod iudicatum erit de solvenda re iudicata); vgl. Ulp. 14 ad Ed. (D. XLVI, 7, 9). Wegen übereinstimmender Conception der cautio de novo opere restituendo vgl. Paul. 13 ad Sab. (D. XXXIX, 1, 12), und im Uebrigen A. 768.

953) Wegen dieser Clausel vgl. § 84 unter E. A. 1156.

954) Cels. 4 Dig. (D. V, 3, 45). Eventuell auch mit dem freibeliebten Zusatze: et, si huius rei dolus malus non aberit, quanti ea res erit dari: Venul. 9 Stip. (D. XLVI, 7, 19).

Unterlage und leitete erst nach der iudicatio dasselbe auf jene contractliche Basis über.

C. Die erste Sentenz in iudicio ist Definitivurtheil, dafern der Richter dem Prozeßbesitzer Recht gab, entgegengesetzten Falles dagegen processualischer Schiedsspruch: pronuntiatio de restituendo und diesfalls nun darauf gerichtet, daß der Prozeßbesitzer binnen gesetzten modicum tempus[955]) dem Gegner res et fructus zu restituiren, eventuell bei nur zeitweiliger unverschuldeter Behinderung der Restitution cautio de re restituenda zu leisten habe:

J. Just IV, 17, 2: si in rem actum sit, — iubere (sc. iudex) eum (sc. possessorem) debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si in praesenti negat se possessor restituere posse et sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis aestimatione caveat cum fideiussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituisset;[956]) Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 16 pr.); Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 35. § 1).

Und zwar übernimmt durch solche cautio de re restituenda der Besitzer die Verpflichtung, binnen der gesetzten Frist die Restitution in dem ihm obliegenden Umfange auf seine Kosten zu bewirken, eventuell für den Fall verschuldeter Nichtrestitution die litis aestimatio zu zahlen:

Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 7): si de homine petito secundum actorem fuerit iudicatum (i. e. pro-

955) So bei confessio in iure: Ulp. 5 de Omn. trib. (D. XLII, 2, 6. § 2) und beim iudicatum: A. 731.

956) Gleiche Ordnung greift Platz bei anderen actiones arbitrariae, so bei a. ad exhibendum: J. Just. IV, 17, 3. vgl. Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 5. § 6), Paul. 26 ad Ed. (D. X, 4, 12. § 5); a. quod met. c.: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 5. 11); vgl. Wetzell, a. O. 65. A. 3; dann auch bei a. hypothecaria nach Marc. ad form. hyp. (D. XX, 1, 13. § 5): si condicio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit Endlich findet sich gleiche Caution auch bei der bon. fid. a., welche auf Restitution tendirt, so nach Paul. 86 ad Ed. (D. XXIV, 3, 25. § 3. 4); vgl. § 82 Auf diese cautio bezieht sich Ulp. 78 ad Ed (D. XLV, 1, 82).

nuntiatum) et iussu iudiciis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi et, si traditus non fuisset, poenamque stipulatus sit; Jul. und Afric. 20 Epist. bei Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39 pr.), Jul. und Pomp. 34 Var. lect. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 21), Ulp. 16 ad. Ed. (D. VI, 1, 11), 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. § 2), Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 4),[957])
demgemäß nun dieselbe dahin sich concipirte:

Eam rem, qua de agitur, si in rerum natura erit, quantique eius rei fructus erunt, restitui et, si non restituatur, *x* dari dolumque malum huic rei abesse abfuturumque esse spondes?

Die Restitution[958]) selbst aber umfaßt

1. normaler Weise das Streitobject sammt omnis causa, somit ebensowohl die res mit den fructus non separati u. dergl., wie auch im Besonderen die fructus post lit. contest. separati: extantes, consumti, wie neglecti und nach Maaßgabe von A 1 und 3 bezüglich des mal. fid. possessor die fructus ante lit. contest. consumti und neglecti, eventuell nebst usurae legales:[959])

---

957) Die Restitution auf Grund solcher Caution behandelt Ulp. 68 ad Ed. (D. VI, 1, 45) in der Einleitung zu den possessor. Interdicten.

958) Die Restitution vollzieht sich je nach der Lage der Sache durch Tradition, Mancipation, in iure cessio rei oder servitutis: A. 942.

959) Man faßte dies in einem Axiome zusammen, welches in dreifacher Formulirung auftritt: einmal nach Maaßgabe der Orat. Hadriani bei Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. pr.) id actori restitui, quod habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset: so Gai. 7 ad Ed. und Paul. 17 ad Ed. citt. vgl. J. Just. IV, 17, 3. und Paul. 17 ad Plaut. (D. XII, 1, 31. pr.); sodann: id actori restitui, quod habiturus esset, si controversia ei facta non esset: so Paul. 50 ad Ed. cit.; endlich: id actori restitui, quod non habiturus esset possessor, si statim possessionem restituisset: so Mauric. cit. — Gleiche Rechtsordnung bezüglich der fructus servitutis bei der a. confessoria, wie negatoria bekunden: Gai. 6 ad XII tab. (D. XXII, 1, 19) und Ael. Gall. und Proc. das., Ulp. 17 ad Ed. (D. VIII, 5, 4. § 2. fr. 6. § 6. VII, 6, 5. § 3. 4. 6.) und Lab. und Pomp. das.; dann auch bezüglich der res principalis selbst: der Servitut: Javol. 2 Ep. (D. VIII, 5, 12), Paul. 21 ad Ed. (D. VIII, 5, 7). — Dem obigen Gesichtspunkte unterstelle ich auch Scaev. 3 Dig. (D. V, 3, 58), wo der mal. fid. possessor die fructus percepti für den heres verwendet hat, somit, da er

Procul. und Mauric. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 1 fr. 35. § 1), Gai. 4. 7 ad Ed. prov. (D. L, 16, 22. VI, 1, 20), Pomp. 16 Ep. (D. L, 16, 246. § 1), Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1), Paul. 17. 50 ad Ed. (D. L, 16, 35. 75), Sent. rec. III, 6, 46. 2 Quaest. (D. XXII, 1, 10), Diocl. im C. Just. III, 32, 22. Valent. et Val. im C. Th. IV, 18, 1. J. Just. IV, 17, 2, vgl. Pap. 6 Quaest. (D. VI, 1, 62) und dazu Wetzell, a. O. 251 fg. — Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 2), Afric. 4 Quaest. (D. V, 3, 56), Pap. 15 Resp. (D. XXXIV, 9, 18 pr.), Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 3. fr. 25. § 20. fr. 27. 29), Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 26. 32. 40. § 1. 2), Sent. rec. I, 13 b, 9. Herm. 2 Jur. Ep. (D. V, 3, 52), Ant. Phil. im C. Just. III, 31, 1. § 1. Sev. et Car. das. III, 31, 2. VI, 35, 1. J. Just. IV, 17, 2; vgl. A. 976.

Dahingegen haftet der Besitzer bei der her. pet. insbesondere nicht für usurae legales von den zu restituirenden Nachlaßgeldern:

Pap. 3 Quaest. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 14), 6 Quaest. (D. VI, 1, 62 pr.), vgl. Francke, Her. Pet. 227 fg.

Andererseits aber begründet der Aufwand von impensae necessariae auf die zu restituirenden fructus für den Restitutionspflichtigen ein ipso iure zur Geltung kommendes Retentionsrecht an diesen Früchten.[960])

Insoweit nun das Restitutionsobject bis zur Lit. Cont. von dem Beklagten meliorirt worden ist, darf der Restituent ebenso die trennbare Melioration ablösen, wie die fructus, welche die Melioration für sich ergab, zurückbehalten:

Paul. 2 ad Ed. (D. VI, 1, 31).

---

solche nicht consumirte, dafür auch nicht haftet. Francke, a. O. 430 findet sich sehr leicht mit dieser Stelle ab durch den Satz: „die her. petit. wurde längst als bon. fid. a. behandelt"; allein einmal ist dies nicht wahr, und sodann waltet ein gewisser Parallelismus jener mit dieser Klage nur bezüglich der impensae necessariae auf das Restitutionsobject ob, die in jener Stelle gar nicht in Frage stehen.

960) Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 36. § 5) und Sabin. das. Vgl. A. 1661.

Im Übrigen aber ergeben die bis zur Lit. Cont. gemachten impensae auf die res selbst gegenüber der rei vindicatio ein in der Form der exc. doli geltend zu machendes Retentionsrecht für den possessor (mit Ausnahme des fur) wegen der impensae necessariae und für den bon. fid. possessor auch wegen der impensae utiles, obwohl letzteren Falles nicht unbedingt, sondern lediglich nach Lage der Sache d. h. moderirt durch arbiträre richterliche Cognition:

Proc. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 5), Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38), Jul. 8 Dig. bei Ulp. 17 ad Ed. (D. VI, 1, 37), 39 Dig. (D. XII, 6, 33), Pap. 2. 11 Resp. (D. VI, 1, 48. 65. pr. XX, 6, 1. pr.), Gai. II, 76—78. 2 Aur. (D. XLI, 1, 7. § 12. fr. 9 pr. — § 2), Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 9), Paul. 21 ad. Ed. cit. 5 Quaest. (D. XIX, 1, 45. § 1), 3 Resp. (D. XLIV, 4, 14), 3 ad Plaut. (D. X, 3, 14. § 1), Marc. 3 Reg. (D. XLIV. 4, 10), Sev. Alex. im C. Just. VIII, 52, 1, Gord. das. III, 32, 5. J. Just. II, 1. 30.;[961])

während wiederum gegenüber der her. pet. solches Retentionsrecht gleichfalls dem possessor wegen impensae necessariae und überdem dem bon. fid. possessor wegen der impensae utiles und voluptuariae, dem mal. fid. possessor aber wegen der impensae utiles insoweit zusteht, als die Melioration selbst noch vorhanden ist,[962]) andererseits aber hier solches Retentionsrecht ipso iure zur Geltung kommt, ausgenommen wegen impensae voluptuariae, wo ebenfalls exc. doli erforderlich ist:

---

961) Vgl. Sell, Vers. I, 1. § 29. Jahrb. III, 272 fg. Auf die impensae werden wiederum in Gegenrechnung gebracht die vom bon. fid. vor der Lit. Cont. consumirten fructus: Pap. cit. vgl. § 74 a. E. Dagegen geht die Vindication selbst wider den bon. fid. possessor nicht deducto pretio rei vindicatae soluto: Schilling, Inst. § 175 cc. dd. — Wegen der a. hypothecaria s. Paul. 5 Resp (D. XX, 1, 29. § 2). Im Uebrigen vgl. A. 962.

962) Auch hier greift gegenüber dem mal. fid. possessor der in A. 940 hervorgehobene Gesichtspunkt der negotiorum gestio Platz, daher mit dem Rechte der Gegenrechnung des Aufwandes eine Verpflichtung zu dessen Bestreitung unter Androhung der Nachtheile der verschuldeten Deterioration Hand in Hand geht: Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. § 3).

Gai. 6 ad. Ed. prov. (D. V, 3, 39), Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. § 3. fr. 37), Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38).

Endlich ebenfalls Retentionsrecht, aber durch exc. doli geltend zu machen, steht zu wegen sonstiger connexer, somit auf idem corpus bezüglicher (A. 931) Gegenforderungen und zwar ebenso bei rei vind., als bei her. pet., daher hier insbesondere wegen berichtigter Nachlaßverbindlichkeiten,[963]) woneben endlich bei her. pet. gleiches Rententionsrecht auch wegen Gegenforderungen wider den Erblasser dem bon. fid. possessor zugesprochen wird von Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. § 1. 2), Paul. 3 Resp. (D. V, 2, 21. § 2).

Demnach aber entschied der Richter über alle die obigen Gegenforderungen bereits in der pronuntiatio und zwar suo officio bezüglich der ipso iure zur Geltung kommenden, auf Grund der formula aber bezüglich der ope exceptionis wirksamen, beidemal aber in der Form, daß der Restitutionsbefehl an den possessor auf die Bedingung der gleichzeitigen Zahlung der Gegenforderung Seitens der Restitutionsberechtigten gestellt ward.[964])

Dahingegen insoweit das Restitutionsobject durch Verschuldung des Restitutionspflichtigen deteriorirt worden ist, wendet die Restitution die iudicatio nicht ab: es erfolgt wegen des durch die Deterioration verursachten Schadens litis aestimatio und condemnatio, wobei eventuell dem Berechtigten stipulationsweiser Verzicht auf die concurrirende a. ex delicto auferlegt wird:

---

963) Bezüglich der rei vindicatio: Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 23. § 4); Ulp. 7 ad Ed. (D. IX, 4, 11): bona fide servi possessor eius nomine furti actione tenebitur; — sed noxae dedendo non facit quidem actoris; quum autem coeperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur vel officio iudicis consequitur, ut indemnis maneat, wo die Zulassung der defensio ipso iure sicher erst von Ulp. ausgeht; vgl. Beil. XXI A. 35. — Bezüglich der her. pet.: Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. pr.) und Jul. das.; Pap. 6 Quaest. (D. V, 3, 50. § 1) vgl. Voigt, Cond. ob caus. 657 fg. Dagegen gehört nicht hierher Scaev. 3 Dig. in A. 959.

964) Jul. 39 Dig. (D. XII, 6, 33), Pap. 2 Resp. (D. VI, 1, 48. 65 pr.); vgl. Großkopff, Retentionsrecht 18 fg. Dagegen ist irrig dessen Annahme S. 24 fg., daß dem Gegenanspruche gar nicht ein Forderungsrecht, sondern lediglich ein factisches Verhältniß inliege: die Thatsache, daß das processualische Rechtsmittel zur Geltendmachung eines Forderungsrechtes an äußerst beschränkende Voraussetzungen geknüpft ist, hebt die Existenz des Ersteren nicht auf, findet sich vielmehr auch in anderen Beziehungen vor.

Lab. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 13), Ulp. cit. Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 14). — Jul. 6 Dig. (D. V, 3, 54. § 2), Pomp. bei Paul. 20 ad Ed. (D. V. 3, 36. § 2); Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. § 3),[964a])

2. Eine ganz singuläre Ordnung greift jedoch bei der her. pet. insoweit Platz, als eine gewisse Geldsumme, welche in dem Betrage einer Bereicherung des Beklagten gegeben ist, an Stelle des ursprünglichen Restitutionsobjectes, gleich als dessen Stellvertreter eintritt, so daß nun die Restitution von solcher Geldsumme die wegen Nichtrestitution der res selbst drohende litis aestimatio und bezügliche condemnatio mit ihren Nachtheilen abwendet. Dies aber findet statt in vier Fällen:

a. dafern der Erbschaftsbesitzer Nachlaßobjecte vor Beginn des Prozesses veräußert hat, so greift das Axiom Platz: pretium succedit in locum rei:[965]) an Stelle der veräußerten res hereditaria ist das dafür vereinnahmte pretium zu restituiren.

Diese Ordnung galt bereits vor dem S. C. Iuventianum bezüglich des bis zur Lit. Cont. Veräußerten und zwar nicht blos rücksichtlich der veräußerten res hereditaria, sondern auch rücksichtlich der hereditas vendita selbst, obwohl unter der erschwerenden Ausschließung des Falles, daß der Verkauf der res hereditaria durch das öconomische Interesse der hereditas sich verbot und nicht etwa durch anderweite Rücksichten sachlich sich rechtfertigte, indem solchen Falls der Veräußerer für die res selbst[966])

964a) Wegen der a. confessoria und negatoria s. Pomp. 5 ad Sab. (D. VII, 6, 2), Phil. im C. Just. III, 34, 5.

965) Dies Axiom spricht aus die Orat. Hadriani de S. C. Juvent. in Dig. V, 3, 22. und 40. pr. Bezüglich der rei vind. dagegen griff hier, ausgenommen den Fall oben unter 3, die normale Rechtsordnung Platz: das veräußerte Object ist durch Vindication wider dessen Besitzer zu verfolgen, subsidiär aber greift pretii cond. sine causa wider den Veräußerer Platz: Jul. bei Afric. 2 Quaest. (D. XII, 1, 23), Sev. Alex. im C. Just. IV, 51, 1. vgl. Voigt, Cond. ob caus. 748. — Dagegen wird die rei vindicatio nach ius speciale in einigen Fällen nach dem Grundsatze: res succedit in locum pretii zugesprochen: A. 1578a.

966) Diese Haftung für die res hereditaria faßt Francke, a. O. 242. 254. u. ö. als Haftung wegen ficta possessio auf, ein Irrthum, wie er gar

verhaftet blieb,[967]) während wiederum im Falle der Restitution des pretium usurae legales von demselben zu prästiren waren:

---

nicht verwirrender sein kann. Denn nach dem S. C. Juvent. greift die sog. fictio possessionis dann Platz, wenn einestheils die Verlassenschaft im großen Ganzen: „bona," wie das S. C. sagt, und wenn anderntheils die Verlassenschaft in irgend welcher Modalität entäußert worden ist; dagegen das pretium succedere oder non succedere in locum rei greift dann Platz, wenn einestheils Nachlaßobjecte: „res ex hereditate venditae," wie das S. C. sagt, oder hereditaria res vendita, wie die Orat. Hadr. in A. 965 sagt, und wenn anderntheils dieselben verkauft, somit gegen Entgelt veräußert worden sind. Und wenn dieser letztere Thatbestand im S. C. auch ausgedrückt wird durch „hereditatem distrahere," so ergeben doch die unmittelbar folgenden Worte: „pretium rerum venditarum" unzweideutigst, daß hier hereditas synonym nicht mit „bona," als vielmehr mit „res ex hereditate" gebraucht ist. Und dann wiederum ist die Stellung des mal. und des bon. fid. possessor bei beiden Verhältnissen eine durchaus andere: denn nach dem S. C. ist gegenüber der ficta possessio die Haftung des mal. und des bon. fid. possessor eine total verschiedene: Jener haftet für res, somit als possessor, dieser haftet nur für die Bereicherung, somit nicht für res; dagegen bezüglich des pretium succedere in locum rei ist die Stellung des mal. und des fid. possessor die gleiche und nur auf Grund des S. C. insofern verschiedene, als der bon. fid. von der bisher dem possessor obliegenden Zinszahlungs-Pflicht entbunden wird, nicht aber der mal. fid. poss. Uebereinstimmend damit handeln nun alle die obcitirten Stellen vor Ulp. beim pretium succedere in locum rei vom possessor schlechthin, während Francke 253 fg. den Irrthum ausspricht, die Vorschrift des S. C.: a quibus hereditas petita fuisset, — pretia — restituere debere beziehe sich auf den bon. fid. possessor allein statt auf den possessor schlechthin. Ueberdem vgl. noch A. 967.

967) Hiermit war wiederum der Vortheil verbunden, daß solchenfalls der Verpflichtete durch den casuellen Untergang der res befreit wurde (woraus zugleich erhellt, daß hierbei von einer Haftung als fictus possessor gar nicht die Rede sein kann): Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 33. § 1); allein: non passurum iudicem, qui cognoscit, fügt Jul. bei, possessorem pretium non lucrari d. h. er haftet dann wenigstens bis zum Maaße der Bereicherung aus dem pretium. — Nur eine Anwendung des Principes pretium succedit in locum rei bietet der Satz, daß bezüglich der eincassirten Nachlaßforderungen die nummi an Stelle des nomen treten: Cass. und Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. § 5), Ulp. cit. (D. V, 3, 16. § 1. fr. 23. § 18), und anderntheils wiederum bezüglich des ausgeliehenen Capitales das nomen an Stelle der nummi tritt, ein Satz, den noch nicht anerkennt Lab. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 18. pr.), wohl aber Octaven. das., wie Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 30), während Jul. nach

Lab. und Octaven bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 18. pr.), Proc. bei Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 36. pr.), Javol. 3 ex Cass. (D. V, 3, 48), Jul. 6 Dig.[968]) bei Gai 6 ad Ed. prov. (D. V, 3, 35), bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 16. § 2. 5. 7. fr. 20. § 2. fr. 33. § 1), bei Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 34. § 1. fr. 36. pr.).

Dann aber ward auch von dem S. C. Iuventianum solche Ordnung adoptirt, obwohl mit der dreifachen Modification, daß dieselbe Platz griff lediglich bezüglich der bis zur in ius vocatio veräußerten res hereditaria allein, sodann dieselbe nicht ausgeschlossen war bei Veräußerungen, welche gegen das öconomische Interesse der hereditas verstießen, und endlich der bon. fid. possessor von der Verbindlichkeit zur Leistung von usurae legales des pretium befreit wurde:

S. C. Juvent. in Dig. V, 3, 20. § 6. 17: cum, antequam — peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas.[969])

Item placere: a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere.[970])

Paul. cit. dem Kläger die Wahl giebt, ob er die nummi ohne Zinsen von dem Beklagten beanspruchen, oder aber das nomen sammt Zinsforderung wider den debitor auf seine eigene Gefahr übernehmen wolle, endlich Ulp. gemäß dem S. C. bezüglich des mal. fid. poss. dem Lab., bezüglich des bon. fid. poss. dem Octaven. beitritt. — Dagegen gilt nicht umgekehrt der Satz: res succedit in locum pretii, obwohl auch hier wiederum mit Ausnahme des Falles, daß der Ankauf einer res aus Nachlaßgeldern durch das Interesse der hereditas erfordert war: Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 1), Ulp. cit. (D. cit. pr.).

968) Julian schrieb 6 und 7 Dig. vor dem S. C. Juvent.: Fitting, Alter der Schriften 4.

969) Vgl. Pap. 2 Resp. (D. V, 3, 50. § 1), Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 12), Sev. et Car. im C. Just. VI, 35, 1.

970) Vgl. Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 16. § 1), Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 22), Sev. et Car. im C. Just. VI, 35, 1. Eine Wiederholung dieser Vorschrift bietet das rescript. Anton. Pii Claudio Frontino de pretiis rer.

Petitam autem — hereditatem ex eo tempore existimandam esse, quo primum scierit quisque eam a se peti id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset.[971])

Eine Modification des ersten dieser drei Abschnitte bewirkte jedoch

M. Anton. Phil. im C. Just. III, 31, 1. § 1: usuras — pecuniarum ante litis contestationem ex die venditionis hereditariarum rerum ab eo factae, qui antea possidebat, collectas — — bonae fidei possesores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores exstiterint,

worin somit die Nichthaftung des bon. fid. possessor für Zinsen auch auf das aus Veräußerung zwischen in ius vocatio und Lit. Cont. erzielte pretium erstreckt, andererseits aber wiederum insoweit beschränkt ist, als der bon. fid. possessor durch selbst vereinnahmte Zinsen vom pretium bereichert worden ist.

Sodann dem zweiten jener drei Abschnitte ward von der spätern röm. Rechtswissenschaft vollständig derogirt: in Bezug auf den bon. fid. possessor und venditor ward der Haftung auf das pretium oder quod pervenit die Haftung auf das quanto locupletior factus est substituirt (vgl. A. 923); in Bezug auf den mal. fid. possessor und venditor dagegen ward jener Haftung substituirt theils die Haftung auf die res ipsa, das ist das quanti interest, dafern die res vendita weder untergegangen, noch deteriorirt ist, theils die Haftung auf das verum pretium das ist das quanti res est (A. 765), dafern die res vendita untergegangen oder deteriorirt ist:

Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 21. fr. 23. fr. 25. pr. § 1), Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 30).

Endlich ein Rescript des Anton. Pius und zwar wohl das

---

hereditar. in Dig. IV, 2, 18: ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia, licet res, quae in hereditate fuerant, apud eum non sint, tamen pretium earum, quo locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.

971) Die litis denunciatio vertritt hier in Bezug auf den fiscalischen Prozeß die in ius vocatio des italischen Prozesses zwischen Privaten; vgl. Sev. et Car. im C. Just. III, 31, 2.

rescr. Claudio Frontino de pretiis rer. hereditariar. (A. 970) in Dig. V, 3, 5. pr. besagte:

Prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere, nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis vel rerum eius restitutione satisdare,

und ermächtigte damit den klägerischen Erbschaftsprätendenten, selbst noch vor der in ius vocatio von dem Nachlaßbesitzer, sobald derselbe mit Veräußerung von Nachlaßobjecten begann, eine anticipirte satisdatio iudicatum solvi zu fordern.[972])

Im Uebrigen traten zu dem pretium usurae legales von der Lit. Cont. ab als omnis causa hinzu:

Anton. Phil. im C. Just. III, 31, 1. § 1. Sev. et Car. das. VI, 35, 1. Pap. 2. 15 Resp. (D. V, 3, 51. § 1. XXXIV, 9, 18. pr.), vgl. Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 12).

b. Dafern der Nachlaßbesitzer nach der Lit. Cont. vom Prätor die Ermächtigung zur Veräußerung von Nachlaßobjecten ausgewirkt hat, haftet derselbe zweifelsohne auf Restitution nicht der res, als vielmehr lediglich des erlangten pretium, somit der Bereicherung:

Ulp. 14 ad Ed. (D. V, 3, 5. pr.): causa — cognita, — si — data sit — solita (i. e. iudicatum solvi) cautio, etiam post litem coeptam deminutionem se concessurum praetor edixit.[973])

c. Dafern der bon. fid. possessor vor der Lit. Cont. vorsätzlich den Besitz der hereditas wieder aufgegeben, hat derselbe nach

---

972) Vgl. Scaev. 27 Dig. (D. XLIV, 4, 17. § 2). Diese Caution ist dann parallel der de novo opere restituendo. Anders Francke, a. O. 25 fg.

973) Ueber diese Stelle vgl. Wetzell, a. O. 28. 237, der jedoch dieselbe irrig als Bestandtheil des vorhergehenden Rescriptes von Anton. Pius statt als Sentenz Ulpians auffaßt. Ganz verfehlt ist die Aufstellung von Francke, a. O. 21, das causa autem cognita sei Schlußsatz jenes Rescriptes; denn dies widerstreitet unbedingt dem lateinischen Styl. — Dafern der Pflichtige ohne Decret des Prätor nach der Lit. Cont. veräußerte, haftet er selbst bei nützlicher oder nothwendiger Veräußerung für die res, nicht bloß für das pretium; man gab jedoch dem Berechtigten ein Wahlrecht zwischen Beiden: Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 12. 16), vgl. Paul. 10 ad Sab. (D. V, 3, 53), was sich, rücksichtlich der Forderung des pretium, aus dem in A. 940 dargelegten Gesichtspunkte der neg. gestio ableitet.

dem S. C. den Betrag der dadurch ihm gewordenen Bereicherung zu restituiren:

S. C. Juvent. in Dig. V, 3, 20. § 6: si ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, — — eos —, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat (sc. condemnandos esse), quo locupletiores ex ea re facti essent; vgl. Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3. 25. § 11—17).

d. Dafern der bon. fid. possessor durch den Eigenthumserwerb an den vor der Lit. Cont. separirten Früchten bereichert worden ist, hat derselbe den Betrag solcher Bereicherung zu restituiren:

Anton. Phil. im C. Just. III, 31, 1. § 1. Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. § 1).

3. Solche singuläre Ordnung ward auch auf die rei vindicatio insoweit übertragen, als der possessor in dem Falle einer nach der Lit. Cont. vorgenommenen nothwendigen oder nützlichen Veräußerung von res oder fructus lediglich auf Restitution des erzielten pretium, somit der Bereicherung, nicht aber der res selbst verhaftet war:

Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 15. § 1).

§ 84.

Fortsetzung.
(Die formula petitoria als Organ der aequitas.)

D. Dafern der Prozeßbesitzer seiner Restitutionsverbindlichkeit binnen gesetzter Frist nicht nachkommt, so wird das zweite Urtheil: die iudicatio ertheilt, welche je nach Beschaffenheit der Sachlage ebenso absolutorisch, wie condemnatorisch lauten kann. Und zwar

I. dafern vor Ablauf der Restitutionsfrist die Restitution ohne Verschuldung des Pflichtigen objectiv unmöglich geworden ist, so namentlich in Folge des casuellen Unterganges des Objectes, so erfolgt

1. bei rei vindicatio Absolution des Beklagten;[974]) und zwar

---

974) Zur Wahrung eines etwaigen Regreßanspruches des Restitutionspflichtigen wider einen Dritten wegen Eviction genügt die pronuntiatio de

dafern der Restitutionspflichtige cautio de re restituenda geleistet hatte, auf Grund der Conception solcher Stipulation: auf rem, si in rerum natura erit, restitui (A. 956), andernfalls dagegen ipso iure:[975])

Jul. 43 Dig. bei Ulp. 29 ad Sab. (D. XXI, 2, 21. § 3); Pap. 6 Quaest. (D. VI, 1, 62. pr.): periculum navis (sc. vectura susceptum) possessor petitori praestare non debet; Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 15. § 3); Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 16. 21. 27. § 1. 2), 3 Epit. Alf. Dig. (D. VI, 1, 58); vgl. Paul. 74 ad Ed. (D. XLVI, 7, 11), 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. pr.).

Dieser Regel werden indeß von Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 15, § 2. 3) die beiden Modificationen beigefügt, daß der Restitutionspflichtige dann zu condemniren ist, wenn einestheils im Falle der Restitution das Object bei dem Restitutionsberechtigten von dem Untergange nicht betroffen sein würde (vgl. A. 1758), welchen Falls derselbe auf das quanti res est zu condemniren ist, oder wenn anderntheils beim Unmöglichwerden der Leistung der Pflichtige einen Gewinn machte, welchenfalls derselbe auf den Betrag der diesfallsigen Bereicherung zu condemniren ist.

2. Bei der her. petitio galt anfänglich gleiche Ordnung der Nichthaftung des possessor für das periculum, wie insbesondere bekundet

Gai. 6 ad Ed. prov. (D. V, 3, 41. pr.): si pauciores (sc. res) postea possidebit (sc. possessor hereditatis), quam initio (i. e. quo tempore conveniebatur) possidebat, si

---

restituendo: Paul. 21. 74 ad Sab. (D. VI, 1, 16. pr. XLVI, 7, 11), woraus zugleich erhellt, daß die casuelle Unmöglichkeit der Restitution nicht die pronuntiatio de restituendo, sondern nur die condemnatio bei der iudicatio abwendete, ein in rechtshistorischer Beziehung sehr bedeutungsvoller Satz. — Die lediglich interimistische casuelle Unmöglichkeit der Restitution führt zur absolutio mit cautio de re praestanda (s. § 82 unter II 2), so als cautio de servo persequendo: Jul. cit., Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 21).

975) Vgl. A. 1579. 1585. § 139. Nach Wetzell, Vind. Pr. 174 fg., Keller, Pand. § 150 A. 11 haftet der mal. fid. possessor von der Lit. Cont. ab für casus. Dieser Satz ist durchaus unwahr bezüglich der rei vindic.; die entgegenstehende proculianische Lehrmeinung hat vielmehr nur rechtshistorische Bedeutung: A. 1579.

modo id sine dolo eius acciderit, absolvi debet quod ad eas res, quas desiit possidere.

Allein Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. pr.) darauf hinweisend, daß nach Maaßgabe der Orat. Hadriani in Dig. V, 3, 40 pr.: post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas (A. 965) streng genommen jeder possessor das periculum für die Zeit nach der in ius vocatio zu tragen habe, stellte dagegen den Satz auf, daß zwar nicht der bon. fid., doch aber der mal. fid. possessor auch im Falle des casus wegen unterlassener Restitution zu condemniren sei.

II. In dem Falle der verschuldeten Nichtrestitution binnen der gesetzten Frist: des per possessorem stare, quominus restituat, tritt dagegen die Condenmation ein, welche aus einem zwiefältigen Stücke besteht: aus der litis aestimatio des Streitobjectes sammt der bis zum Judicate erwachsenen, der Restitution unterliegenden omnis causa,[976]) sowie aus der Verurtheilung zu deren Zahlung.[977]).

Insbesondere dafern der Restitutionspflichtige cautio de re restituenda geleistet und innerhalb der gesetzten Frist nicht restituirt hat, so ist er in Mora und haftet nach den Rechtssätzen über solche:

Ulp. 78 ad Ed. (D. XLV, 1, 82. §. 1), 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. §. 1); vgl. A. 1407.

---

976) Vgl. § 83 unter C. Wegen der omnis causa vgl. namentlich Trebat. Jul. und Pomp. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 33) und bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 17. § 1), Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 16), sowie wegen confessoria und negatoria A. 959.

977) Wetzell, a. O. 199 fg. negirt für die nachfolgenden Rechtssätze die legislative Basis, dieselben auf die doli clausula der stip. iudic. solvi stützend. Allein dies widerspricht ebenso den Quellen, wie dem Inhalte solcher Stipulation: denn die doli clausula verpflichtet den promissor, theils nach dem Judicate der Arglist sich zu enthalten hinsichtlich der Zahlung der litis aestimatio, sowie der fructus maiores, theils bis zum Judicate der Arglist sich zu enthalten hinsichtlich der defensio rei; dagegen die Verpflichtung bis zum Judicate des Dolus und der Culpa sich zu enthalten hinsichtlich der Restitution der res, ist jener Stipulation ganz fremd: § 82 unter B 2: vgl. auch Schirmer, Judizialstip. 149 fg.

Dafern dagegen keine solche cautio geleistet ist, greifen bezüglich der frustratio restituendi insoweit die Rechtssätze der mora solvendi Platz, als nunmehr auf den Restitutionspflichtigen die Haftung für casuelle Vernichtung oder Deterioration von res principalis, wie omnis causa übergeht:

Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1), wozu vgl. A. 1177.

Im Uebrigen aber greift eine verschiedene Ordnung Platz, je nachdem die Verschuldung des Pflichtigen in Culpa oder in Dolus besteht. Und zwar

a. Dafern der Pflichtige durch Culpa die Unmöglichkeit der Restitution herbeigeführt hat, beschieht die litis aestimatio ohne Weiteres durch den Richter, der nun das Restitutionsobject nach dem Maaßstabe der utilitas des Berechtigten würdert (bei A. 898) und auf diese Schätzungssumme den Pflichtigen verurtheilt, jedoch unter der Bedingung, daß gegen Zahlung der Litis Aestimation demselben von dem Berechtigten ebenso die dem Letzteren bezüglich des Objectes etwa zuständigen Klagen cedirt werden (vgl. A. 832), wie auch in dem Falle, daß das Restitutionsobject abhanden gekommen ist, Caution geleistet werde: per se non fieri, possessionem eius rei, non traditum iri:

Jul. 43 Dig. bei Ulp. 29 ad Sab. (D. XXI, 2, 21. §. 3), Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 1, 36. § 1), Pap. 12 Quaest. (D. VI, 1, 63), Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. § 2), 51 ad Ed. (D. VI, 1, 68), Paul. 17 ad Plaut. (D. VI, 1, 21. 47. XLV, 1, 91. pr.). — Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 2), Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 19. § 2. fr. 36. § 2); vgl. 75 ad Ed. (D. XXXV, 3, 4. § 2);

b. Dafern dagegen der Pflichtige dolos die Unmöglichkeit der Restitution herbeigeführt oder binnen gesetzlicher Frist dolos die mögliche Restitution verweigert hat, so beschieht, mit Ausnahme jedoch der Fälle in § 83 unter C 2 a—c. 3, dagegen mit Einschluß der Fälle in § 83 unter A 1. 3 die litis aestimatio durch den Restitutionsberechtigten unter iusiurandum in litem, worauf dann der Richter den Verpflichteten in die Summe solcher litis aestimatio condemnirt.[978]) Der Maaßstab der Aestimation

978) Dafern der Restitutionspflichtige solchenfalls einen Gewinn machte, hat der Kläger die Wahl, anstatt der Litisästimation die Ausant-

ist auch hier die utilitas des Berechtigten, daher ebenso beim iusiurandum in litem, wie demgemäß auch beim Judicat (A. 898).

Der Empfang der litis aestimatio verpflichtet jedoch nicht zur Leistung der stipulatio simplae vel duplae an den Zahlenden:[979])

Pomp. 16 ad Ed. (D. XXV, 2, 10), Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 35 § 2),

während die Zahlung der litis aestimatio zwar nicht meum esse ex iure Quir. an der betreffenden res, wohl aber ebenso Usucapionsbesitz, wie publicianisches ius in re, somit je nach Lage der Sache in bonis esse oder bon. fid. possessio überträgt.[980]) Nur dann, wenn zugleich der Thatbestand des dolo malo desiisse possidere vorliegt, erwirbt weder der die litis aestimatio Zahlende jenes ius in re an dem Streitobjecte, noch hat ihm der Gegner die bezüglichen Klagen zu cediren.[981])

c. Durch das condemnatorische Judicat wird ein zwiefältiges Rechtsverhältniß begründet: einestheils ganz unmittelbar die Verbindlichkeit zur Zahlung der litis aestimatio, gesichert durch die a. iudicati, und anderntheils mittelbar d. h. gleich als Eintritt der Suspensivbedingung die durch die stipulatio iudicatum solvi übernommene contractliche Verbindlichkeit zur Zahlung der litis aestimatio, sowie zur Leistung der fructus maiores d. i. aller seit Abschluß der stipulatio erworbenen omnis causa (A. 1156), die somit, weil deren Werth bereits in der litis aestimatio mit enthalten ist, als Duplum zu prästiren ist, Alles dies gesichert durch die

---

wortung solchen Gewinnes zu fordern: Jul. 6 Dig. und Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 17. pr. § 1), wozu vgl. Mommsen, Erörterungen I, 112 fg. 98 fg. Vgl. auch A. 1750.

979) Denn die Zahlung der litis aestim. ist nicht emtio venditio: Varr. L. L. V, 36, 177. Jul. 19 Dig. (D. XXV, 2, 22. pr.), Ulp. 16. 75 ad Ed (D. VI, 2, 7. § 1. XLI, 4, 3), wogegen nicht streng technisch sich ausdrückt Ulp. 29 ad Sab. (D. XXI, 2, 21. § 2); vgl. Beil. XXI. A. 90.

980) Voigt, Cond. ob caus. A. 378. — Thl. IV, 2. S. 492. vgl. Paul. 10 ad Sab. (D. VI, 1, 46).

981) Pomp. 29 ad Sab. (D. VI, 1, 70), vgl. Pap. 28 Quaest. (D. XLVI, 3, 95. § 9), Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 13. § 14). — Paul. 13 ad Sab. (D. VI, 1, 69). — Dieser Beschränkung gegenüber wird von Wichtigkeit, daß bei den a. arbitrariae wider den Detentor die Rechtsordnung des dolo malo desinere possidere gar nicht Platz greift: A. 938; so lösen sich die Schwierigkeiten, welche Wetzell, a. O. 224 fg. erblickt.

a. ex stipulatu. Diese Rechtsordnung aber bezüglich der fructus im Besonderen wird bekundet bezüglich der hered. petitio durch

Paul. sent. rec. I, 13[b], 8: possessor hereditatis, qui ex ea fructus capere vel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogitur;[982])

sowie bezüglich der rei vindicatio durch

Paul. sent. rec. V, 9, 2: ex die accepti iudicii dupli fructus computantur; et tam dantes, quam accipientes, heredes quoque eorum, procuratorum cognitorumque personae itemque sponsorum eadem stipulatione (sc. iudicatum solvi) comprehenduntur;[983])

Valentin. et Val. im C. Th. IV, 18, 1: litigator victus, quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienae non in sola rei redhibitione teneatur nec tantum simplorum fructuum praestationem aut eorum, quos ipse percepit, agnoscat, sed duplos fructus et eos, quos percipi oportuisse, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. Et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur, ei vero, qui simpliciter tenet, ex eo, quo re in iudicium deducta scientiam malae

---

982) Schulting in h. l. bezieht diese Stelle auf die cautio ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat bei Paul. l. c. V, 9, 1., welche derjenige zu bestellen hat, der, unter einer Suspensivbedingung zum Erben eingesetzt, die B. P. sec. tab. auswirkt und wodurch die Restitution der hereditas für den Fall der Deficienz der Bedingung zu Gunsten des substitutus sichergestellt ward, indem der bon. possessor zur Naturalrestitution der hereditas, eventuell zu deren einfachem Ersatz, sowie zur Prästation von dupli fructus sich verpflichtete: vgl. Schulting l. c., Wetzell, a. O. § 5, Vering, röm. Erbr. 332. Rudorff, Edict. § 299. Allein solcher Verbindung widerspricht Paul. auf das Entschiedenste; namentlich ist die Haftung für die fructus eine ganz verschiedene: bei der stipul. iudic. solvi ist sie principal, bei der anderen Caution ist sie Conventionalstrafe, somit nur subsidiär.

983) Huschke, Jurispr. Antei. in h. l. bezieht dies auf die stipulatio pro praede litis vindiciarum; dies ist unstatthaft, weil diese nicht bloß auf dupli fructus, sondern auch auf dupla res obligirt: A. 873.

possessionis accepit. Heredis quoque succedentis in vitium par habenda fortuna est;[984])

Ambros. Epist. 29: illum — acturum de duplis fructibus et de sumptibus annosae litis;

Grat. Valent. et Th. im C. Th. IV, 19, 1. pr.: malae fidei possessores in fructus duplos conveniuntur;

vgl. lex Rom. Burg. 8. 33.

Dann ferner Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 6. § 7): Marius Paulus quidem fideiusserat pro Daphnide; — — a Claudio Saturnino praetore maiores fructus inferre iusus erat; — — videbatur — iudicatum solvi fideiussisse;

Tryph. 8 Disp. (D. XX, 5, 12. § 1): si maiores fructus forte petens a possessore — abstulit;

vgl. Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 5, 8. § 1): si ampliores, quam oportuit, fructus fuero consecutus; 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. §. 6): intentionem (i. e. rei vindicationis) suscipere ita, ut fructus secundum legem aestimentur.

Hiernach allenthalben hat daher der Berechtigte die Wahl, ob er die litis aestimatio mit a. iudicati und die fructus maiores mit a ex stipulatu oder Beides zusammen mit a ex stipulatu vom Beklagten[985]) und resp. Bürgen einklagen will:

---

984) Wetzell, a. O. 38. 80. 259. und danach Keller, Civ. Pr. A. 660 nehmen an, daß Valent. et Val. bei der formula petitoria die dupli fructus neu eingeführt haben, die übrigen Stellen Früherer dagegen auf die leg. a. sacramento oder das agere per sponsionem sich bezogen haben; allein das Letztere ist nicht möglich wegen des in A. 983 hervorgehobenen Momentes. Dagegen Valent. et Val. führen die Neuerung ein, daß die stip. iudic. solvi bezüglich der Verpflichtung auf dupli fructus für den mal. fid. poss. retroactive Kraft erhält, indem sie dessen Verpflichtung vom dies invasi loci, nicht aber erst vom Tage des Stipulationsabschlusses ab beginnen läßt; und bei dieser Gelegenheit nun wird das im Uebrigen von Alters her gültige Recht zugleich mit bestätigt, wie dies ja in so zahllosen Fällen kaiserlicher Constitutionen beschieht; vgl. auch Bachofen, Pfandrecht I, 214 A. 6. — Justinians cautio de re defendenda concipirt sich nicht auf dupli fructus: Inst. IV, 11, 2., daher dieselben von da ab in Wegfall kommen.

985) Der Beklagte hat somit die Wahl, ob er die fructus jetzt noch als maiores in natura leisten oder es auf die Condemnation in deren id quod

Gai. IV, 89. Afric. 7 Quaest. (D. XLVI, 3, 38. § 2), Paul. sent. rec. V, 9, 3. J. Just. IV, 11. pr. Theoph. in h. l. vgl. Buchka, Einfl. des Proz. I, 234.

§ 85.

Fortsetzung.

(Die formula petitoria als Organ der aequitas.)

Aus § 83 und 84 ergiebt sich für die form. petit. eine Mehrheit von Functionen: es versieht dieselbe vor Allem die eigentliche Aufgabe der dinglichen Klage, sodann aber auch eventuell die Function einer persönlichen Klage. Und zwar, was zunächst

A. Die Function als dingliche Klage betrifft, so wird dieselbe von der petitio versehen in der clausula und pronuntiatio de restituendo und aufrecht erhalten bis zu Ablauf der Restitutionsfrist, daher sie bereits bei der iudicatio: der litis aestimatio und condemnatio ihre Endschaft erreicht hat. Denn es manifestirt sich solche Function in der Richtung der Klage auf Restitution des Streitobjectes, insoweit solches dem dinglichen Rechte des Klägers unterliegt, somit ebensowohl der res principalis, als auch der omnis causa, insoweit solche im Eigenthumsrechte des Klägers sich befindet (A. 753), daher was insbesondere die fructus betrifft, der non separati und der post. lit. cont. separati extantes, sowie dem mal. fid. possessor gegenüber auch der fructus ante lit. cont. separati extantes.[986]) Und solche Function der petitio ward in künstlicher Extension auch übertragen, theils auf den Thatbestand vom Civilproceßdelicte des facere, quo minus possideat Seitens des mal. fid. possessor[987]) welchem auch die vom mal. fid. possessor vor der Lit. Cont. beschehene Consumtion der Früchte

---

interest ankommen lassen will. In dem Hauptprocesse dagegen können nach der iudicatio die fructus nicht mehr in natura, sondern nur in deren litis aestimatio geleistet werden.

986) Denn bei bon. fid. possessio des Beklagten sind die fructus separati in dessen, nicht aber in des Klägers Eigenthume.

987) Beim facere, quominus possideat bezüglich der res principalis griff jedoch nicht directa, sondern utilis petitio Platz mit Fiction: Si ea res, qua de agitur, a. Num. Negidio possideatur, tum si paret etc.: Voigt, Cond. ob caus. A. 771.

gleichsteht, theils auf den Fall des negligere fructus ante lit. cont. Seitens des mal. fid. possessor (§ 83 unter A. 1. 3), theils auf die fructus post lit. cont. consumti, wie neglecti (§ 83 unter C 1).[988])

Dagegen die Function der petitio als persönlicher Klage[989]) ist wiederum eine zwiefältige, und zwar

B. einer Schädenklage, für welche drei verschiedene Thatbestände als die zum Schadenersatze verpflichtenden Vorgänge anerkannt sind:

1. Die verschuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte (§ 84 unter D II). Diese Function ist processualisch die spätere: sie beginnt mit Ablauf der Restitutionsfrist und findet ihre prägnante Ausprägung in der iudicatio: der litis aestimatio und condemnatio; in sachlicher Beziehung aber ist sie überwiegend eine subsidiäre: sie greift nur insoweit Platz, als der Verpflichtete den Functionen der petitio als dinglicher Klage selbstverschuldeter Maaßen nicht gerecht wird. Nur insoweit als diese dingliche Function der Klage, wie obbemerkt, auf künstlicher Extension beruht, ist, wenn auch nicht proceßrechtlich, so doch civilrechtlich solche Function der petitio als Schädenklage eine principale. Dabei begründet solches schädigende Verhalten für den Schädiger die Verbindlichkeit zur Leistung des id quod interest (§ 80 unter II a), ohne daß an den

---

988) Bezüglich jenes zwiefältigen Thatbestandes der consumtio fructuum concurrirt ein doppelter Gesichtspunkt: des Civilproceßdelictes vom dolo malo facere, quominus possideat, welcher die petitio als Klage mit extendirter dinglicher Function qualificirt, und sodann des furtum, welcher die petitio als Klage in Function der cond. furtiva qualificirt (unter C II): Paul. 16 Resp. (D. XXII, 1, 15): neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio iudicis restituendi sunt, usuras praestari oportere, neque eorum, qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur; vgl. Voigt, a. O. 765. Allein nach römischer Auffassung wird die letztere Function durch die erstere in Wirklichkeit absorbirt oder ausgeschlossen.

989) Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 18): petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes, quasdam personales, ut puta — pretiorum; Diocl. et Max. im C. Just. III, 31, 7: mixtae personalis actionis (sc. in her. petitione) ratio; vgl. A. 911. Keller, Civ. Pr. A. 753.

Unterschied der Verschuldung je als Dolus oder Culpa im Principe eine graduell verschiedene Haftung geknüpft wäre.

2. Die dolose Vereitelung der Restitution am legalen Leistungsorte, dafern der possessor das Streitobject nach der Lit. Cont. nach einem anderem Orte transportirt hat, als wo dasselbe zu jenem Zeitpunkte sich befand, für den possessor die Verbindlichkeit zum Rücktransporte nach jenem locus rei sitae auf eigene Kosten, eventuell zur Zahlung des id quod interest begründend:

Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1. 12): si — ab eo loco, ubi lis contestata est, eam subtractam alio loco transtulerit, illic restituere debet, unde subtraxit, sumtibus suis, vgl. Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 11), Paul. cit. (D. VI, 1, 10. 12), sowie Wetzell, a. O. 162.

Auch diese Function der petitio prägt sich aus in der iudicatio.

3. Die frustratio restituendi,[990]) welche eine mehrfache, theilweis ganz verschiedene Rechtswirkung hat, nämlich

a. dann, wenn nach der Lit. Cont., aber vor Ablauf der Restitutionsfrist die Restitution des Streitobjectes ohne Verschuldung des possessor, somit durch Zufall unmöglich geworden ist, so wird

aa. dafern bei rei vindicatio im Falle vorheriger Restitution solcher Zufall den Berechtigten nicht betroffen haben würde, der Frustrant zum Schadenersatz nach dem Maaßstabe des quanti res est verpflichtet (§ 84 unter D I 1);

bb. bei der her. pet. der mal. fid. possessor zum Schadenersatze nach dem normalen Maaßstabe des id quod interest verpflichtet (§ 84 unter D I 2);

b. dann, wenn nach Ablauf der Restitutionsfrist die Restitution des Streitobjectes durch Zufall unmöglich geworden ist, so

990) Frustratio bezeichnet das frivole Hinhalten des Mitinteressenten bezüglich einer obliegenden Leistung: Mommsen, Beitr. III, 69. A. 21; und so nun theils die mora solvendi, wie accipiendi: Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37), Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. § 4), Ulp. 52 ad Ed. (D. XXXVI, 4, 5. § 20), I. Just. IV, 17, 3. Sev. und Carac. bei Marc. 7 Inst. (D. XXXV, 2, 80. § 1), vgl. Mommsen, a. O. 69. A. 20. 162. A. 2, theils die verschuldete Verzögerung der dinglichen Restitution: I. Just. IV, 17, 2. Daneben wird die letztere auch durch mora bezeichnet: Jul. 6 Dig. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 17. § 1), Ulp. l. c. (D. cit. 15. § 3), 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1).

wird der possessor zum Schadenersatze nach dem Maaßstabe des id quod interest verpflichtet[991]) (§ 84 unter D II);

c. dann, wenn der Restitutionspflichtige es auf die iudicatio ankommen läßt, und hier dessen condemnatio erfolgt, der Frustrant zur Restitution der fructus maiores d. i. der seit Abschluß der Stipulation, somit seit der Lit. Cont. producirten Früchte, eventuell zum Schadenersatze wegen derselben nach dem Maaßstabe des id quod interest verpflichtet wird (§ 84 unter E). Und zwar ist diese Verbindlichkeit einerseits eine nur bedingte: sie tritt nur dann ein, wenn ein iudicatum ergeht, ist aber andererseits wiederum unabhängig von der nach dem Judicate etwa noch beschehenden Restitution: sie tritt, abweichend von der bei leg. a. sacramento und agere per sponsionem geltenden Ordnung, auch dann ein, wenn nach der iudicatio die Restitution noch nachgeholt wird; sodann wiederum liegt dieser Verbindlichkeit eine retrotractive Kraft inne: durch die iudicatio wirksam gemacht, erstreckt sie ihre Wirkung rückwärts bis auf den Zeitpunkt der Lit. Cont.; und endlich ist die Grundlage solcher Verbindlichkeit unmittelbar eine contractliche: in der Stipulation gegeben, so daß der petitio in dieser Beziehung nur mittelbar die Function einer Schädenklage zukömmt, insofern nämlich, als die stipulatio iudicatum solvi Prozeßorgan der petitio ist (A. 874);

Dahingegen hat die form. pet. niemals, gleich der bon. fid. a., die Function einer Schädenklage wegen delictartigen Verhaltens des Beklagten, so als a. de dolo oder quod met. c. übernommen.

C. einer cond. sine causa, somit einer Bereicherungsklage,[992]) welche durch einen dreifachen Thatbestand begründet wird, nämlich

1. durch die Bereicherung, welche der mit der rei vindicatio Beklagte bei unverschuldeter Vereitelung der dinglichen Restitution durch einen hierbei gemachten Gewinn nach der Lit. Cont. erlangte: § 84 unter D I 1;[993])

---

991) Vgl. Wetzell, a. O. 174 fg.

992) Vgl. namentlich Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 17. § 1): lucrum ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet (sc. reus).

993) Daher concurrirt cond. sine causa: Jul. bei Afr. 2 Quaest. (D. XII, 1, 23): si eum servum, qui tibi legatus sit (sc. per vindicationem), quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere; vgl. Voigt, Cond. ob caus. 748.

2. durch die Bereicherung, welche der Beklagte aus der Veräußerung des Streitobjectes erlangte,[994]) und zwar

a. dafern der Beklagte nach der Lit. Cont. dolos das Streitobject veräußerte, welchenfalls der Kläger electiv das diesfallsige pretium fordern kann: A. 978;

b. dafern bei der rei vind. der Beklagte nach der Lit. Cont. eine nothwendige oder nützliche Veräußerung des Streitobjectes vornahm, welchenfalls er auf Restitution des pretium allein verhaftet ist: § 83 unter C 3;

c. dafern bei der her. petit. der Beklagte nach der Lit. Cont. ex decreto praetoris Nachlaßobjecte veräußerte, welchenfalls er auf Restitution des pretium allein verhaftet ist: § 83 unter C 2 b;

d. dafern bei der her. petit. der Beklagte nach der Lit. Cont. eine nothwendige oder nützliche Veräußerung von Nachlaßobjecten ohne Decret des Prätors vornahm, welchenfalls der Kläger electiv das diesfallsige pretium fordern kann: A. 973;

e. während nach dem S. C. Iuvent. dann, wenn bei der her. petit. der possessor vor der in ius vocatio Nachlaßobjecte veräußerte, derselbe auf das erlangte pretium verhaftet ist, hat die spätere Jurisprudenz die Haftung für die Bereicherung auf den bon. fid. possessor beschränkt. So daher haftet der bon. fid. possessor, dafern er vor der in ius vocatio Nachlaßobjecte veräußerte, und ebenso dafern er vor der Lit. Cont. bei Gelegenheit der vorsätzlichen Entäußerung des Besitzers der hereditas: des facere quominus possideat einen Gewinn erlangte, zum Betrage des quanto locupletior factus est: § 83 unter C 2 a. c;

3. durch die Bereicherung, welche der bon. fid. possessor hereditatis aus dem Eigenthumserwerb der vor der Lit. Cont. separirten Früchte erlangte,[995]) welchenfalls jedoch dessen Haftung

---

994) Somit in Concurrenz mit cond. sine causa: Sev. Alex. im C. Just. IV, 51, 1: si praesidi provinciae probatum fuerit Julianum nullo iure munitum servos tuos scientibus vendidisse, restituere tibi emtores servos iubebit. Quos si ignoraverint et eorum facti sunt, pretium eorum Julianum tibi solvere iubebit; Gord. das. IV, 52, 1. vgl. Voigt, a. O. 748.

995) Somit in Concurrenz mit cond. sine causa: Afric. 9 Quaest. (D. XLIV, 1, 18): si eius fundi, quem tu possideas, et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim; Paul. 23 ad Ed. (D. X, 1, 4. § 2); vgl. Voigt, a. O. 746 unter 4.

auf das quanto locupletior factus est sich beschränkt: § 83 unter C 2 d.[996])

Dagegen übernimmt die form. petit. weder die der bon. fid. a. zukommende theoretisch selbsteigene Function einer Klage auf Erstattung der durch die omnis causa gemachten Bereicherung des Beklagten (A. 996), noch, als contraria, einer Impensenklage.

In jenen beiden Functionen aber als persönlicher Klage steht die formula petit. durchaus auf dem Boden der aequitas und des Principes der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung. Denn so zunächst als Schädenklage unter B 1—3 b unterfällt dieselbe durchgehends den in § 80 dargelegten leitenden Gesichtspunkten und Ordnungen der aequitas: die Nichterfüllung der begründeten Rechtsverbindlichkeit wird im Gegensatze zum Civilprozeßdelicte als einfache Widerrechtlichkeit behandelt, wofür als subjectiver Thatbestand eine Verschuldung: Dolus oder Culpa erfordert wird, daher wiederum dem casus ein modificirender Einfluß auf jene Rechtsverbindlichkeit zugestanden wird; sodann begründet solche Widerrechtlichkeit eine rein reipersecutorische Verpflichtung zum Schadenersatze, so daß der bezügliche Anspruch auch einen wirklich erlittenen Schaden voraussetzt und erfordert; nicht minder wird der Schadenersatz nach dem Betrage des von dem Geschädigten in concreto erlittenen Schadens bemessen, so daß er durch litis aestimatio für jeden Fall besonders zu eruiren ist; und endlich ist der normale Maaßstab der Bemessung des Schadenersatzes das quanti interest, indem nur ganz ausnahmeweise in zwei singulären Fällen (§ 80 unter B) das quanti res est solchen Maaßstab ergiebt. Und sodann wiederum reprimirt die form. petit. auch die sämmtlichen, von der aequitas verpönten Fällen der verschuldeten Nichterfüllung obliegender Rechtsverbindlichkeiten (§ 80): die frustratio restituendi, die Vereitelung

---

996) Vgl. zu 2 e. 3: Pap. 28 Quaest. (D. XII, 6, 3): bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur. Die Function unter 3 ist parallel der der bon. fid. a. als Bereicherungsklage auf Restitution der omnis causa: § 89, aber keineswegs gleichartig, indem die theoretischen Gesichtspunkte verschiedene sind und zwar die form. pet., nicht aber die bon. fid. a. in solcher Richtung als wahre cond. ob caus. qualificiren.

der Restitution am legalen Leistungsorte und die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte, wenn immer auch, worauf zurückzukommen ist, die Ausbildung der form. petit. als Frustrations-Klage in Folge der Concurrenz der nach der Richtung des rigor tendirenden Rechtsordnung bezüglich der fructus maiores (unter B 3 c) verkümmerte, so daß ihre diesfallsige Verwendbarkeit eine äußerst beschränkte, ja mangelhafte geblieben ist, insofern sie in solcher Function weder den Schaden zur Geltung bringt, der durch Coursverlust etlitten ist, noch auch den Schaden, der daraus erwächst, daß die res zeitweilig dem Besitze des Berechtigten und damit ihrer Aufgabe entzogen war, dessen Interessen nach der Kategorie ihrer Nutz- oder ihrer Tausch-Fähigkeit zu dienen (§ 71). Andererseits dagegen hat die form. petit. zu keiner Zeit die Function übernommen, auch die von der aequitas verpönten Fälle der Rechtsverletzung durch delictartiges Verhalten in Rechtsverhältnissen unter Lebenden (§ 80) zu reprimiren, so z. B. wegen vis, so daß in dieser Richtung dieselbe an Verwendbarkeit von der bon. fid. a. um ein Bedeutendes übertroffen wird.

Und nicht minder unterfällt die form. petit. den in § 81 dargelegten leitenden Gesichtspunkten, wie Ordnungen der aequitas: dieselbe ist eine Bereicherungsklage, in Function, wie in Structur durchaus nach dem Typus der cond. sine causa organisirt. Lediglich darin waltet ein Unterschied von Letzterer ob, daß zunächst dieselbe nur dann Platz greift, wenn der Bereicherte zum Zeitpunkte der Bereicherung in bona fide sich befand, indem andrenfalls die cond. furtiva eintritt, wohingegen die form. petit. als Bereicherungsklage immer nur die Natur der cond. sine causa an sich trägt d. h. dem Beklagten nicht die gesteigerte Haftverbindlichkeit der cond. furtiva auferlegt; und sodann daß die her. petit. als Bereicherungsklage auch auf usurae legales sich richtet (§ 83 unter C 2 a), welche der cond. ob caus. fremd sind.

Andrerseits ist aber auch nach dieser Richtung die Verwendbarkeit der form. petit. eine weit beschränktere, als der bon. fid. a. und namentlich fehlt dort zur Geltendmachung des Gegenanspruches wegen Impensen die hier regelmäßig sich vorfindende a. directa oder contraria, so daß somit solcher Anspruch strict auf defensive Geltendmachung verwiesen ist und dies in der Maaße,

daß der Mangel der Impensenklage auch nicht durch Eingreifen einer cond. ob caus. ersetzt wird.[997])

D. Endlich unterfällt die form. petit. auch der in § 82 dargelegten dritten Position der aequitas: dieselbe ist empfänglich ebenso für defensive Geltendmachung der connexen Gegenansprüche des Beklagten (§ 83 unter C 1), welche durch das Mittel der rententio oder cessio actionis oder stipulatio iudicialis zur Realisirung gelangen (§ 82 unter A. a. c. d.), wie aber auch für zweiseitige Berücksichtigung der bei Vor-, wie Gegenanspruch concurrirenden Interessen der beiden Parteien, welche durch stipulatio iudicialis processualisch sich ausprägt, so nach Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. pr.) durch cautio defensum iri zu Gunsten des bezüglich der Gegenforderung Verpflichteten, somit des Klägers, sowie nach Ulp. 68 ad Ed. (D. VI, 1, 45) durch cautio de dolo oder durch cautio de re restituenda (A. 956. 957) zu Gunsten des bezüglich des Hauptanspruches Berechtigten, somit des Klägers.

Im Uebrigen aber treten innerhalb dieser Sphäre an der form. pet. gewisse bemerkenswerthe Abweichungen von den Grundordnungen der aequitas zu Tage, und zwar

1. insofern als, abgesehen von den impensae necessariae auf die zu restituirenden fructus, die defensive Geltendmachung der connexen Gegenforderungen nicht ipso iure, sondern ope exceptionis doli mali erfolgt,[998]) und lediglich bei der her. pet. insbesondere wegen der impensae necessariae und utiles zu der normalen Ordnung der aequitas: der defensio ipso iure zurückgegriffen wird. Und indem jene exc. doli bereits in der pronuntiatio de restituendo, nicht erst in der iudicatio zur Wirksamkeit gelangt, da der Richter für die Naturalrestitution gleich als Suspensivbedingung die Gegenleistung der Gegenansprüche setzt (A. 964), so tritt nun in der iudicatio die litis aestimatio nur unter deductio der Gegenansprüche ein; und daraus ergab sich wiederum für solche exc. doli die von vornherein ganz merkwürdige Singularität,

---

997) Voigt, a. O. A. 331.

998) Scharf markirt tritt dieser Moment hervor bei Paul. 3 ad Plaut. (D. X, 3 14. § 1): impendia —, quae — feci, quae scilicet, si vindicaretur —, per exceptionem doli retinere possem, — si communi dividundo iudicio mecum agetur, aequitate ipsius iudicii retinere possim.

nicht, wie normal, einen elidirenden, als vielmehr nur einen minuirenden Effect auf die Klage auszuüben;[999])

2. insofern die Gegenansprüche wegen impensae utiles einen gleichartigen Gegenanspruch, wie die impensae necessariae begründen, eine Ordnung, welche der bon. fid. a. durchaus fremd ist (A. 1049. 1095);

3. endlich bei her. petit. insbesondere jene Compensation wegen Gegenansprüchen des bon. fid. possessor anomaler Weise sogar zugelassen ist ebenso wegen impensae voluptuariae, als auch wegen nicht connexer Gegenforderungen wider den Erblasser.[1000])

Dahingegen gelangt andrerseits wiederum in der form. pet. ein der bon. fid. a. fremder Gedanke der aequitas zur Ausprägung, in der Differenziirung nämlich von bonae und malae fidei possessio, denen, nach dem Vorgange des publicianischen Edictes, eine Relevanz beigemessen wird theils für die Function der form. pet. als ächt dinglicher Klage: zunächst in dem Rechtssatze, daß der bon. fid. possessor durch Separation das Eigenthum an den Früchten des Vindicationsobjectes erwirbt;[1001]) sodann in der künstlichen Extension der het. pet., wie rei vind. auf den mal. fid. possessor, der vor der Lit. Cont. vorsätzlich den Besitz der hereditas wieder aufgab oder die Fruchtziehung von solcher vernachlässigte, wie endlich in der bei der her. pet. dem mal. fid. possessor auferlegten Haftung für die nach der Lit. Cont. eingetretene casuelle Unmöglichkeit der Restitution; theils sodann für die Function der her. pet. als cond. sine causa, insofern nur bei bon. fid. possessio die Haftung wegen der vor der Lit. Cont. entäußerten Objecte auf die Bereicherung allein sich beschränkt, während bei mal. fid. possessio Haftung auf res ipsa eintritt;[1002]) theils endlich für die

---

999) Cels. 3 Dig. (D. VI. 1, 38), Ulp 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. § 1. 2), Paul. 3 Resp. (D. V, 2, 21. § 2); vgl. Keller, Civ. Pr. A. 404.

1000) Ulp. und Paul. in A. 999 citt.

1001) Dagegen ist nur einfache Consequenz hiervon, nicht aber selbstständiger Rechtssatz, daß wegen der vor der Lit. Cont. separirten Früchte nur wider den bon. fid. poss. die form. pet. auf den dadurch erlangten Gewinn allein sich richtet: unter C 3.

1002) Dieser Satz findet seine Parallele in der bezüglich der cond. indeb. und sine causa im Gegensatze zur cond. furtiva geltenden Ordnung: s. § 81.

Zubilligung gewisser Gegenansprüche bei der form. pet. und zwar ebensowohl bei rei vind., insofern nur der bon. fid. possessor Gegenanspruch wegen impensae utiles hat, als auch bei her. pet., insofern nur der bon. fid. possessor unbedingten Gegenanspruch wegen der impensae utiles, sowie Gegenanspruch wegen der impensae voluptuariae und wegen Forderungen wider den Erblasser hat.

Endlich greift in die form. petit auch der rigor maaßgebend ein in der bezüglich der fructus maiores maaßgebenden Ordnung (unter B 2 c), obwohl nur indirect insofern, als solche Ordnung direct an die cautio iudicatum solvi sich anschließt, somit aber der form. pet. nur insofern angehört, als diese Stipulation eine necessaria und als solche Prozeßorgan der form. pet. ist. So daher wird zunächst das Verhalten des Beklagten, es in der ungerechten Streitsache auf die iudicatio ankommen zu lassen, als Proceßdelict: als temeritas litigii (§ 78 unter 6 a), nicht aber als einfache Widerrechtlichkeit behandelt, daher hier der subjective Thatbestand einer Verschuldung des Beklagten, dolos oder culpos die Sache zur iudicatio zu treiben, nicht erfordert wird, vielmehr die Thatsache an sich der condemnatio genügt, um für die in der stipulatio iudicatum solvi übernommenen contractlichen Verbindlichkeiten den dies veniens zu begründen; nicht minder wird in den fructus maiores das reipersecutorische Element des Schadenersatzes wegen frustratio restituendi völlig absorbirt von der darin ausgeprägten poena, so daß die Verpflichtung zur Solution jener fructus an den Eintritt der temeritas allein angeknüpft ist, gleichgültig, ob durch die Frustration des Beklagten der Kläger in Wirklichkeit einen Schaden erlitten hat oder nicht. Demgemäß sind sodann die fructus maiores durchaus unabhängig von dem Betrage des Schadens, welchen der Kläger durch die betreffende frustratio restituendi in concreto etwa erlitt, daher auch eine richterliche litis aestimatio nicht zum Zwecke der Feststellung vom Betrage solchen Schadens, als vielmehr einzig zum Zwecke der Quantificirung und eventuell der Würderung jener fructus Platz greift, jene fructus selbst aber unbedingt und schlechthin als Alterum Tantum der producirten fructus bemessen und dem Kläger zugesprochen werden; und endlich ist der Maaßstab der Einheit, nach welcher dieses Alterum Tantum bemessen wird, von Vorn

herein nicht in der utilitas des Klägers oder dem quanti interest, als vielmehr in dem pretium rei oder dem quanti res est gegeben: dafern der Beklagte die fructus maiores nicht in Natura prästirt, so hat er nach Maaßgabe der Conception der stipulatio iudicatum solvi: „quanti eius rei fructus erunt, tantam pecuniam dari spondes" (A. 953 fg.) deren quanti res est, nicht deren quanti interest zu leisten, eine Ordnung, welche erst eine jüngere Zeit aufgab, indem sie bei der a. ex stipulatu der Würderung das quanti interest als Maaßstab unterbreitete (§ 142 unter III b). Allein während hierin allenthalben die leitenden Gesichtspunkte und Maximen des rigor sich ausprägen, so entzieht sich doch auch diese Rechtsordnung nicht völlig dem Einflusse der aequitas: denn wenn auch, wie obbemerkt, eine Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit des Beklagten für Herbeiführung der condemnatio in der ungerechten Sache nicht erfordert wird, vielmehr nach Maaßgabe der stipulatio iudicatum solvi: „Si ea res secundum me heredemve meum iudicata erit" (A. 948) die Thatsache allein, es auf die condemnatio ankommen zu lassen, zur Consummation des Prozeßdelictes genügt, so wird doch wiederum diese condemnatio selbst durch unverschuldete Unmöglichkeit der Restitution abgewendet (§ 84 unter D I).

§ 86.

B. Die bon. fid. a. als Organ der aequitas. Die bon. fid. actio als Schädenklage wegen Mora, wegen Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte und wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte.

Der von der aequitas reprobirten Vermögensschädigung durch Verletzung der obligatorischen Verbindlichkeit unterfallen nach § 80 drei verschiedene Thatbestände, die insgesammt durch die bon. fid. a. processualisch geltend gemacht werden, und zwar

I. Die mora,[1003]) als diejenige qualificirte Verzögerung der

---

1003) Mora bezeichnet a. den objectiven Thatbestand des Verzuges, somit einen untechnischen Begriff, worüber vgl. Mommsen, Beitr. III, 5 fg. 30. A. 8, und wofür auch die Bezeichnung cessatus oder cessatio sich vorfindet, so bei Scaev. 9 Dig. (D. XXII, 1, 47), Ulp. 52 ad Ed. (D. XXXVI,

Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit, welche bis zum Zeitpunkte des über solche ergangenen Richterurtheiles vom Verpflichteten verschuldet wird. Im Besonderen aber beruht dieselbe theils auf dem subjectiven Thatbestande der culpa oder Verschuldung, sei dies Dolus, sei es Culpa (§ 80), theils auf dem objectiven Thatbestande des unter gewissen weiteren Voraussetzungen eintretenden Verzuges in Erfüllung von Rechtsverbindlichkeiten, somit in einer Rechtsverletzung nach der Kategorie der Zeit, hier nun ebenso zur mora solvendi, wie accipiendi sich gestaltend. Dagegen die Relevanz der Mora ist bedingt von der durch solchen Verzug verursachten Schädigung des Mitinteressenten.

A. Zunächst nun zur mora solvendi werden als die näheren thatbeständlichen Voraussetzungen des Verzuges erfordert theils Nichtleistung der Schuld an dem rechtsgeschäftlich gesetzten Solutionstermine,[1004]) theils Interpellation Seitens des Gläubigers,[1005]) theils bezügliches Decret des ius dicens,[1006]) während

---

4, 5. § 20), Paul. de Usur. (D. XXII, 1, 17. pr.); b. die frustratio restituendi: A. 990; c. die mora im technischen Sinne, wofür auch frustratio gebraucht wird: A. 990.

1004) Marcell. 20 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XVIII, 3, 4. § 4); Tryph. 2 Disp. (D. III, 5, 38); Diocl. im C. Just. IV, 49, 10. vgl. A. 1686.

1005) Vgl. A. 1686. Die Interpellation beschieht, weil sie eine testatio oder denuntiatio ist, vor Zeugen und in solennen Worten (A. 224): Lab. bei Pomp. 3 ex Plaut. (D. XXII, 2, 2), Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3), Marcian. 4 Reg. (D. XXII, 1, 32. § 1); Carac. im C. Just. IV, 32, 6. Diocl. das. c. 19 vgl. Marc. 20 Dig. in A. 1004 cit. Daß die interpellatio auch wider abwesende Schuldner statthaft ist, bezeugen Lab. und Marcian. citt., wo an erster Stelle unter petitio nicht, wie Mommsen, a. O. 94 will, die interpellatio, als vielmehr die Klage zu verstehen ist. — Die moderne Ansicht, daß die Mittheilung der Klage an den Schuldner den Thatbestand der mora solvendi begründe, so von Mommsen, a. O. 39 fg. ist nicht römisch: Lit. Cont. und Mora haben theils die gleichen, theils verschiedene und zwar letzterenfalls theils direct entgegengesetzte Wirkungen: spätere casuelle Vereitelung der Solution liberirt in keinem Falle bei Mora: unter 1a, wohl aber nach der Lit. Cont. insoweit, als nicht bis zu solcher dem Debitor die entsprechende Haftung oblag: § 139 unter A 2. B 2.

1006) So vor Allem in dem Falle der hereditas vacans: Ulp. 34 ad Ed. (D. XXII, 1, 23. § 1): aliquando etiam in re mora esse decerni solet, si forte non extat, qui conveniatur, wo der Fall in Frage steht: si heres non extabit (Gai. III, 78), der von Ulp. bei Gelegenheit des Edictes de

als Rechtswirkungen beim bon. fid. negotium folgende Effecte mit derselben verknüpft sind:

1. die natura bon. fid. negotii wird zum Nachtheile des Säumigen umgekehrt; daher insbesondere

a. dafern der Creditor nach der natura negotii das periculum trägt (§ 89), so geht nunmehr solches auf den Debitor über,[1007]) so daß dieser bei casuellem Untergang oder Deteriorirung des Schuldobjectes zu dessen Solution in vertragsmäßiger Qualität, eventuell zur Leistung des id quod interest verpflichtet wird.[1008])

Paul. 36 ad Ed. (D. XXIV, 3. 25. § 2): si post divortium res dotales deteriores factae sint, et vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodo detrimentum ipse praestabit; vgl. Proc. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 4, 3. § 3); Ulp. 2 Disp. (D. XII, 4, 5. § 2. 4), wozu vgl. bei A. 1672; 34 ad Ed. (D. XXIII, 3, 14); Gord. im C. Just. IV, 48, 4. Diocl. das. c. 6;

und daraus ergiebt sich nun ohne Weiteres als einfache Consequenz, daß

b. dafern der Debitor bei verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte nur wegen Dolus verhaftet ist (§ 87), nunmehr auch die Haftung wegen Culpa auf ihn übergeht;

c. dafern die omnis causa nach der natura negotii dem Debitor zukommt, so erwächst diesem nunmehr die Verpflichtung zu deren Restitution an den Creditor, insoweit sie nach Eintritt der mora

---

inspiciendo ventre berührt wird, und wofür eine Parallele bietet Paul. 58 ad Ed. (D. XLV, 1, 77). Mommsen, a. O. 73. 75, solche mora ex re ohne Weiteres in eine mora ex persona umwandelnd, bezieht jene Stelle auf den Fall der absentia debitoris und versteht unter decernere das Richterurtheil; allein das Erstere widerspricht den Worten jener Stelle selbst, das Letztere aber dem technischen Sprachgebrauche. Sodann aber auch in dem Falle des decretum de edendo: Ulp. 4 ad Ed. (D. IV, 13, 8. § 1). — Ein vierter Thatbestand: delictischer Besitz gehört vornämlich zur strict. iur. a.: A. 1544.

1007) Wegen der sabinianischen Lehrmeinung, daß die obige Verhaftung nicht Platz greift, dafern der casus das Object auch im Besitze des Creditor betroffen hätte, s. A. 1759.

1008) Bei Innominatcontracten concurrirt die cond. caus. non sec., die allein möglich ist, dafern die obligatorische Leistung inästimabel ist (A. 796 fg.): Ulp. 2 Disp. (D. XII, 4, 5. § 4).

erworben ward oder nach Maaßgabe von b pflichtgemäß zu erwerben war:

Ulp. 15 ad Ed. (D. XXII, 1, 34).

2. Der Säumige wird zum Ersatze des durch die Mora dem Gläubiger verursachten Schadens verpflichtet, und zwar

a. bei Forderungen auf baar Geld nach dem abstracten Maaßstabe eines gesetzlich gegebenen Procentsatzes an usurae legales:

Pap. 3 Resp. (D. XVI, 3, 25. § 1); Ulp. 15. 31 ad Ed. (D. XXII, 1, 34. XVII, 1, 10. § 3); Paul. sent. rec. II, 12, 7. II, 13, 1 c. de Usur. (D. XXII, 1, 17. § 4), 5. 6 Resp. (D. XIX, 2, 54 pr. XIX, 1, 47); Marcian. 4 Reg. (D. XXII, 1, 32. § 2); Hermog. 2 Jur. epit. (D. XVIII, 6, 19); Sev. und Car. im C. Just. IV, 32, 2; Gord. das. IV, 34, 2. Diocl. das. II, 41, 3. IV, 35, 19. IV, 65, 17. vgl. A. 820, 821;

b. bei Forderungen auf andere Objecte nach dem concreten Maaßstabe des quanti interest:

Marc. 7 Dig. (D. XXIV, 3, 57); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. pr.);

Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 3): quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit, wozu vgl. § 74 unter II; 2 Resp. (D. XIX, 1, 47): Lucius Titius accepta pecunia ad materias vendendas — partim datis materiis decessit; quum — neque heres eius reliquam materiam exhibuerit, an — in usuras conveniri possit, praesertim quum emtor mutuatus pecuniam usuras gravissimas expendit? Paul. respondit — in actione — ex emto officio iudicis post moram intercedentem usurarum pretii[1009]) rationem haberi oportere;

Diocl. im C. Just. IV, 49, 10.

1009) Usurae pretii kann, da nicht cond. ob caus., sondern a. emti in Frage steht, nur Breviloquenz sein zur Bezeichnung der Zinsen, welche der Käufer von dem zur Verwendung als Kaufpreis dargeliehenen Capitale gezahlt hatte. So faßt auch die Stelle Madai, Mora 406 fg., wogegen Mommsen, a. O. 92 A. 18 eine andere Erklärung von weit her zu holen versucht: allein es steht indirecter Schaden in Frage: s. bei A. 825.

Insbesondere aber wegen zu befürchtender künftiger Schädigung ist entsprechende cautio zu leisten (§ 90 a. E.).

3. Die Mora stellt zu Gunsten des Creditor als den Zeitpunkt und als den Ort, nach deren Werthverhältnissen die Aestimation des vom Beklagten dem Ersteren zu leistenden quanti interest bemessen wird, neben den Tag des Judicates, den Zeitpunkt des Eintrittes der Mora und neben den Ort der Klagerhebung, somit des Judicates, den vereinbarten, eventuell den ipso iure gegebenen Solutionsort:

Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 3): si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet utro tempore pluris vinum fuit: vel quo venit vel quo lis in condemnationem deducitur; item quo loco pluris fuit: vel quo venit,[1010]) vel ubi agatur.

4. Die mora solvendi purgirt die vorgängige mora accipiendi: Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 6, 17).

5. Im Falle des vereinbarten Solutionstermines berechtigt die mora solvendi den Gläubiger, die bon. fid. a. ohne eine Modification der formula an jedem Orte, wo der Verpflichtete zu betreffen, wider denselben anzustellen, welchenfalls jedoch der Richter bei seiner Condemnation die örtliche Coursdifferenz auszugleichen hat:

Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5 pr.): si, ut certo loco vel tempore reddatur commodatum, convenit, officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat;

Paul. 28 ad Ed. (D. XIII, 4, 7 pr.): in bon. fid. iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex emto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio (sc. de eo quod certo loco).

1010) Daß in dieser Stelle von Zahlungs-Termin und -Ort, nicht aber, wie Schilling, Inst. § 238 annimmt, von Zeit und Ort des Contractsabschlusses die Rede ist, erkennen an Madai, Mora 317, Mommsen, a. O. 220, Cohnfeldt, Interesse 256, dessen sprachliche Erklärung jedoch verfehlt ist. Das quo in der Bedeutung von Wohin hat indeß nichts Befremdendes, wenn gleich es der seltenere Sprachgebrauch ist; vielmehr liegt nur in dem quo venit in der Bedeutung von: für welchen Zeitpunkt verkauft ward eine Freiheit des Sprachgebrauches.

B. Sodann zum Thatbestande der mora accipiendi wird im Besonderen erfordert die Nichtannahme der vom Schuldner offerirten Solution des Debitum Seitens des Gläubigers und zwar ebenso zu einer Zeit, wo solches fällig ist, als auch in einer Modalität, welche nicht einen definitiven Remiß desselben enthält. Im Uebrigen aber verknüpfen sich damit beim bon. fid. negotium theils die entsprechenden, theils andere Rechtswirkungen als bei mora solvendi. Und zwar

aa. der Schuldner nimmt die mora accipiendi ohne Weiteres hin; und dann wird

1. die natura bon. fid. negotii zum Nachtheile des Säumigen umgekehrt, daher insbesondere

a. dafern der Debitor nach der natura negotii das periculum trägt, (§ 89), solches nunmehr auf den Creditor übergeht, so daß der Debitor bei casuellem Untergange des Schuldobjectes liberirt, bei dessen casueller Deteriorirung nur zur Leistung desselben in so beschaffener Qualität verpflichtet ist:

Marcell. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72 pr.): si — maritus — nummos (sc. qui erant in dote) obtulit eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso iure desinet teneri (f. A. 1172).

Afric. 8 Quaest. (D. XLVI, 3, 39. pr.); vgl. Alex. im C. Just. IV, 48, 2.

b. Dafern der Debitor bei verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte für Culpa verhaftet ist (§ 87), wird er nunmehr von solcher, nicht aber von der Haftung für Dolus befreit:[1011])

Alf. Var. 3 Dig. a Paul. ep. (D. XVIII, 6, 12); lectos emtos aedilis, quum in via publica positi essent, concidit; si — per eum stetit, quominus traderentur, emtoris periculum esse placet;

Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 6, 17): quum moram emtor

1011) Nach Mommsen, a. O. 286 soll der Debitor auch von der Haftung für dolus in non faciendo befreit werden; allein davon besagen die Quellen Nichts: der Debitor kann wohl den geschuldeten Sclaven derelinquiren; allein thut er dies nicht und läßt ihn dolos durch Nichtgewährung von Nahrung verhungern, so haftet er.

adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore; 14 ad Sab. (D. XXIV, 3, 9);

Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 6, 5);

vgl. Marcell. 8 Dig. (D. XXVI, 7, 28. § 1); Flor. 7 Inst. (D. XIX, 2, 36) und dazu A. 1062;

c. dafern die omnis causa nach der natura negotii dem Creditor zukommt, wird nunmehr der Debitor von der Verbindlichkeit zur Fruchtziehung, nicht aber von der Verbindlichkeit zur Restitution der wirklich gezogenen Früchte liberirt:

Javol. 6 ex Post. Lab. (D. XXIII, 5, 18. § 1): si per mulierem mora fieret, quominus aestimationem partis fundi viro solveret et fundum reciperet, quum hoc pactum erat, fructus interim perceptos ad virum pertinere ait Labeo. Puto potius pro portione fructus virum habiturum, reliquos mulieri restituturum; quo iure utimur;

Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIV, 3, 9): — ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur; fructus tamen, qui pervenissent ad virum, redduntur;

2. Der Säumige wird zum Ersatze des durch die Mora dem Schuldner verursachten Schadens nach dem Maaßstabe des quanti interest, wie zur Restitution derjenigen Bereicherung verpflichtet, welche er durch die vom Debitor auf das Schuldobject verwendeten impensae necessariae erlangte:

Sext. Ael. Paetus Catus und C. Livius Drusus bei Cels. 8 Dig. (D. XIX, 1, 38. § 1): si per emtorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari;

Scaev. 5 Resp. (D. XLVI, 3, 102. pr.),[1012] Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3).

1012) Vgl. dazu Mommsen, a. O. 299. A. 6, dessen Darlegung einer Corruptel mir durchaus überzeugend erscheint. Dagegen handelt nicht von der mora accipiendi Gai. 30 ad Ed. prov. (D. XLIV, 4, 6), welche Stelle Mommsen a. O. hierher zieht. Im Uebrigen begeht derselbe a. O. 297 zwei Irrthümer: die bon. fid. a. des Debitor versieht nicht die Function einer a. neg. gest. contr., als vielmehr eine Schädenklage wegen Mora; und das defensive Rechtsmittel des Debitor ist nicht exc. doli, sondern defensio ipso iure.

3. Die Mora fixirt zu Gunsten des Debitor den Zeitpunkt und den Ort, nach deren Werthverhältnissen die Aestimation des von demselben dem Creditor zu leistenden id quod interest bemessen wird, auf den Zeitpunkt der Lit. Cont., somit der purgatio morae, sowie neben dem Orte der Lit. Cont. auf den Solutionsort:

Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 4): quodsi per emtorem mora fuisset, aestimari oportet pretium, quod sit, quum agatur et quo loco minoris sit (sc. vel ubi agatur, vel ubi solvi oporteat.[1013])

bb. Oder der Schuldner beruhigt sich nicht bei der mora accipiendi; und dann giebt solche demselben

4. die Befugniß, auf Gefahr des Gläubigers der res debita sich zu entledigen und damit von der Obligation selbst sich zu liberiren und zwar bei Geldschulden durch Deposition an einer hierfür geeigneten Stelle:

Pap. 2 Quaest. (D. XXII, 1, 1. § 3); Ulp. Not. in Marc. 8 Dig. (D. XXVI, 7, 28. § 1); vgl. Carac. im C. Just. IV, 32, 6. Diocl. das. VIII. 43, 9. vgl. A. 1687,

dagegen bei Schulden von anderem Objecte durch dessen Dereliction:[1013a])

Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3),

in beiden Fällen jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Schuldner zuvor entweder den Gläubiger interpellirt oder demselben solche Deposition oder Dereliction denunciirt hatte (A. 1005).

cc. Endlich in beiderlei Fällen wird

5. durch die mora accipiendi die vorgängige mora solvendi purgirt:

1013) Cohnfeldt, a. O. 260 will hier neben dem Zeitpunkt der Klage auch den Solutionstermin verstehen, was unstatthaft ist gegenüber der Ausdrucksweise des Pomp., die ja das pretium, quo tempore et loco minoris sit geflissentlich vermeidet. Dagegen ist demselben A. 281 beizutreten gegen Mommsen, a. O. 293 fg.

1013a) Daneben steht als weiterer Ausweg, wie Ulp. besagt, die Verfügung über das Object im Wege der neg. gestio. — Die Deposition der res debita bei anderen, als Geldschulden, ist in obiger Beziehung den Quellen unbekannt, da es an der geeigneten Stelle zur Deposition fehlte.

Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 6, 17), Paul. 37 ad Ed. (D. XXIV, 3, 26).

II. Sodann eine zweite Arterscheinung der Verletzung obliegender obligatorischer Verbindlichkeiten ist gegeben in der verschuldeten Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte, beruhend somit theils auf dem objectiven Thatbestande der Schädigung durch Rechtsverletzung nach der Kategorie des Ortes, theils auf dem subjectiven Thatbestande des Dolus (§ 80). Und diese Rechtsverletzung wiederum hat die Rechtswirkung, daß der Debitor verpflichtet wird, auf seine Kosten und Gefahr das Schuldobject nach dem Solutionsorte zu befördern, eventuell die dem Kläger verursachten Schäden nach dem Maaßstabe des id quod interest zu ersetzen:

Pomp. 22. ad Sab. (D. XVI, 3, 12. § 1): depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est; ubi vero depositum est, nihil interest. Eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bon. fid. iudiciis;[1014]) Afric. 8 Quaest. (D. XLVI, 3, 39), Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 4), Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. pr.) und Paul. 28 ad Ed. (D. XIII, 4, 7. pr.).

III. Endlich das letzte Vorkommniß der Verletzung obliegender obligatorischer Verbindlichkeiten ist gegeben in der verschuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte: denn indem die aequitas dem Debitor nicht eine unbedingte Verpflichtung zur Solution auferlegt, vielmehr denselben durch casuelle Vereitelung derselben regelmäßig liberirt werden läßt (§ 89), so gewinnt nun insoweit, als Letzteres der

---

1014) Die Supplirung des hier maaßgebenden Momentes, welche Folge es habe, dafern die Sache durch Dolus des Verpflichteten an einen dem Berechtigten nachtheiligen Ort transportirt worden ist, ergeben die Entscheidungen der parallelen Vorkommnisse theils bei der form. petitoria: § 85 unter B 2, theils bei der a. ad exhibendum von Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 11. § 1): si forte proponas, data opera eum (sc. reum) in locum abditum res contulisse, ut actori incommodior esset exhibitio; nam in hunc casum suis sumtibus et periculo debebit exhibere in eum locum, ubi agatur, ne ei calliditas sua prosit; theils bei dem Damnationslegate von Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. pr.), Licin. Ruf. 4 Reg. (D. V, 1, 38).

Fall ist, jener Thatbestand verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung eine selbsteigene juristische Relevanz. Und zwar beruht diesfalls der objective Thatbestand der iniuria in der Vermögensschädigung durch Verletzung der Obligation nach der Kategorie ihres öconomischen Gehaltes, sei es, daß solche Verletzung eine totale oder eine partielle[1015]) ist, oder daß dieselbe in der Gegenwart oder in der Vergangenheit sich vollziehe, somit aber zur gänzlichen Entziehung: als Verweigerung oder als Vereitelung, oder zur materiellen Beeinträchtigung: als Verkürzung oder als Deteriorirung ihres Objectes sich gestaltet, wogegen der subjective Thatbestand in einer Verschuldung oder culpa beruht (§ 80).

Was zunächst nun den subjectiven Thatbestand im Besonderen betrifft, so ist derselbe je nach seiner zwiefachen Beschaffenheit als Vorsatz oder als Fahrlässigkeit in verschiedener Potenz für relevant erklärt: in gewissen Rechtsverhältnissen wird, entsprechend der Ordnung unter II, auf den Dolus allein, in anderen Verhältnissen dagegen, entsprechend der Ordnung unter I, auch auf die Fahrlässigkeit, somit auf die darin begangene Verletzung der diligentia, die Relevanz des betreffenden Thatbestandes gestützt. Und zwar ist solche verschiedene Behandlung der Verschuldung abhängig von einem dreifachen Momente: theils nämlich davon, ob die Verletzung der Obligation nach ihrem öconomischen Gehalte in Concurrenz mit der Mora oder ohne solche auftritt, somit also hier die natura negotii allein, dort auch der modificirende Einfluß der Mora zur Geltung kommt; theils sodann davon, ob solches negotium von Vorn herein durch leg. a. per iud. post. oder von Anfang an durch bon. fid. a. geschützt ist; theils endlich innerhalb der originären bon. fid. negotia von der darin ausgeprägten Interessen-Proportion der Paciscenten.[1016])

1015) Hierunter fällt insbesondere auch die Beeinträchtigung an der omnis causa, insoweit solche nach § 89 dem Gläubiger zukömmt: Lab. und Nerva bei Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1); Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 1), Alex. im C. Just. IV, 24, 3. Diocl. das. VIII, 25, 2. Vgl. Veteres bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 9).

1016) Der Versuch, die bezüglichen Ordnungen durchgehends auf theoretische Gesichtspunkte zurückzuführen, muß, weil wahrheitswidrig, an der inneren Unmöglichkeit scheitern, indem vielmehr theilweise historische Momente bestimmend eingreifen; und namentlich wird die Tutel, welche

Im Besonderen nun

A. die natura negotii wird in der fraglichen Beziehung geregelt

1. bezüglich derjenigen bon. fid. negotia, welche von Alters her durch arbitrium der leg. a. per iud. post. geschützt waren, nach der hier von Alters maaßgebenden und auch bei Uebertragung der bon. fid. a. auf jene Rechtsverhältnisse beibehaltenen Ordnung, daß der Verpflichtete unbedingt ebenso für Dolus, wie für Culpa, dabei aber durchgehends nur für culpa (Verschuldung) in concreto zu haften habe. Und hiernach nun bestimmt sich die bezügliche Ordnung bei fiducia, tutela, dos und communio incidens: A. 1273;

2. bezüglich der originären bon. fid. negotia nach dem Grundsatze: si utriusque contrahentis commodum versetur etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestatur: Afric. 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108. § 12) und ähnlich Alfen. 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XIX. 2, 31), Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2), Modest. 2 Differ. (Collat. X, 2, 1), wozu vgl. Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 5. 6), Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. pr.), Pap. 8 Quaest. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 5, 17. § 2), Ulp. 29 ad Ed. (D. XIII, 6, 10. § 1. fr. 12. pr.), Inst. Just. III, 14, 4. Theoph. Paraphr. IV, 1, 13., ein Grundsatz, der dahin zu paraphrasiren ist, daß derjenige Paciscent, der bei solchem bon. fid. negotium ein commodum hat, für Dolus und für Culpa, und zwar, was letztere betrifft, für culpa in abstracto,[1017]) derjenige dagegen, welcher kein commodum hat, für Dolus allein verhaftet

---

die Haftung für Culpa demjenigen auferlegt, der unter gesetzlicher Nöthigung eine fremde Vermögensverwaltung übernimmt, stets widerstreben. Dies gilt z. B. von Schilling, a. O. § 236, und ebenso von Arndts, Pand. § 250: denn die von Letzterem aufgestellte Position, es trete die Haftung für culpa dann ein, „wenn die Verpflichtung auf Führung fremder Angelegenheiten gerichtet ist, als welche ihrer Natur nach alle Sorgfalt in Anspruch nimmt," läuft doch auf den Cirkel hinaus: die natura negotii bedingt dann Haftung für diligentia, wenn die natura negotii diligentia bedingt. — Vgl. im Allgemeinen zu dem Nachstehenden Hasse, Culpa², Anh. IV. Mommsen, Beitr. III, 391 fg. — Wegen der custodia im Besonderen vgl. Schilling, Inst. § 205 kk fg. Mommsen, a. O. I, 275.

1017) Wegen vereinzelter Ausnahmen, wo auch hier culpa in concreto zur Geltung zu bringen versucht wurde, s. A. 1736 fg.

ist. Und zwar ward gegenüber diesem Grundsatze das commodum bemessen nach der natura negotii, somit nach der potentiell vortheilhaften Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse für den Paciscenten, wie solche durch die in abstracto darin ausgeprägte Proportion der Interessen gegeben ist, keineswegs aber nach dem actuell vortheilhaften Character, wie solcher aus der concreten Beziehung des Verhältnisses zu den Interessen des Paciscenten resultirt.[1018]) Und indem nach diesem Grundsatze die Ordnung sich bestimmt bei emtio venditio, locatio conductio, societas. pignus, commodatum und depositum, wie resp. mandatum,[1019]) so trifft nun

a. Die Haftung für Culpa und Dolus theils die beiden Interessenten von emtie vendito,[1020]) locatio conductio,[1021]) socie-

---

1018) Ausnahmsweise fand die letztere Auffassung Vertretung theils singulärer Weise bezüglich des Commodates: Gai. 9 ad Ed. prov. (D, XIII, 18. pr.), Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 10), theils normaler Weise bezüglich des Innominatcontractes, da dieser ja in Wahrheit Artbegriff ist, welcher Rechtsgeschäfte von verschiedenster Interessen-Proportion unter sich begreift: Ulp. 29 ad Sab. (D. XIII, 6, 10. § 1. fr. 12. pr. XIX, 5, 17. § 1. 2), 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 9. 10); vgl. 2 Disp. (D. XII, 4, 5. § 2) und dazu A. 1066.

1019) Ueberdem auch theils bezüglich der Erben der Vormünder und obervormundschaftlichen Magistrate: Pap. 5 Resp. (D. XXVI. 7, 39. § 6), Ulp. 3 Disp. (D. XXVII, 8, 4), Sev. und Car. im C. Just. V, 54, 11, theils bezüglich der Erben der curatores in Bezug auf die a. neg. gest. utilis: Diocl. im C. Just. II, 19, 17: Alle dieselben haften nur, worauf nach Maaßgabe des obigen Grundsatzes ihr Erblasser zu haften gehabt hätte d. h. für Dolus allein. Dagegen die Haftung der Communalbeamten folgt der Ordnung der Tutel: Ulp. 1 ad Ed. Praet. (D. L, 8, 6).

1020) Emtor: Lab. und Nerva bei Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1). — Venditor: Proc. 6 Ep. (D. XVIII, 1, 68. pr. § 2); Cels. 8 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 16); Jul. 28 Dig. (D. XIX, 1, 23); Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 2. § 1), 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 1, 35. § 4); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2), 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); Paul. not. ad Lab. 2 Pith. (D. XIX, 1, 54. pr.); Inst. Just. III, 23, 3.

1021) Locatio cond.: Ulp. 14 ad Ed. (D. IV, 9, 3. § 1); Diocl. im C. Just. IV, 65, 28. — Locator: Lab. 5 Post. (D. XIX, 2, 60. § 7); Gai. III, 206. Ulp. 28. 30 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2. XVI, 3, 1. § 9. 10), 29 ad Sab. (D. L, 17, 23). Conductor: Alfen. 5 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 31); Cels. 6. 8 Dig. bei Ulp. 28. 32 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 15. XIX, 2, 9. § 5); Nerat. bei dems. (D. XIX, 2, 19. § 2); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 2,

tas,[1022]) wie bei pignus conventionale, insoweit beziehentlich das pignus für die eigene Schuld bestellt ward,[1023]) theils den Mandanten,[1024]) den Deponenten,[1025]) wie den Commodatar;[1026])

b. dagegen die Haftung für Dolus allein den Depositar,[1027]) wie den Commodanten.[1028])

---

25. § 4. 7); Pomp. 63 ad Ed. (D. XIX, 2, 11. pr.); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 3. fr. 11. § 3); Paul. sent. rec. II, 18, 2. Inst. Just. III, 24, 5.

1022) Cels. 7 Dig. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 52. § 2); Ulp. 29. 30 ad Sab. (D. L, 17, 23. XVII, 2, 23. pr.), 28. 31 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2. XVII, 2, 52. § 3. 11); Paul. sent. rec. II, 16, 1. Wegen Gai. 2 Aur. (D. XVII, 2, 72. Inst. Just. III, 25, 9) s. A. 1737.

1023) Pignus: Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2); Inst. Just. III, 14, 4. vgl. Schilling, a. O. § 276 rr. — Pignori accipiens: Alf. 5 Dig. a Paul. ep. (D. XIII, 7, 30); Nerva und Atilic. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 8); Pap. 3 Resp. (D. XX, 1, 2); Ulp. 30. 31. 38. 62 ad Ed. (D. XIII, 7, 22. § 4. fr. 24. § 3. fr. 25. 13. § 1. XLII, 5, 9. § 5), 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 7, 14); Alex. im C. Just. IV, 24, 5. Gord. das. c. 7. Phil. das. c. 8. Diocl. das. VIII, 14, 19. Wegen des pignus praetorium s. A. 1031.

1024) Nerat. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 26. § 7); Afric. 4 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 5).

1025) Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 5).

1026) Lab. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 12); Cels. 6 Dig. bei dems. (D. cit. § 15), Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 6); Gai. III, 206. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 4); Pomp. 38 ad Qu. Marc. (D. XIII, 1, 16); Ulp. 28. 38. 71 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2. 4. 5. XIII, 7, 13. § 1. XLIII, 26, 8. § 3), 29 ad Sab. (D. XIII, 6, 10. pr. XLVII, 2, 14. § 15. L, 17, 23); Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 6, 3); Modest. 2 Diff. (Collat. X, 2, 1. 4); Inst. Just. III, 14, 2. Vgl. überdem A. 1018. Dagegen handeln von der a. in factum conc., daher nicht hierher gehören Qu. Muc. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2), Veteres bei dems. (D. cit. § 6. 9. vgl. § 7): A. 1496.

1027) Gai. III, 207. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 5. Inst. Just. III, 25, 9); Pomp. 38 ad Qu. Muc. (D. XIII, 1, 16); Ulp. 14. 28. 30 ad Ed. (D. IV, 9, 3. § 1. XIII, 6, 5. § 2. XVI, 3, 1. § 8. 10. 20. 47), 29 ad Sab. (D. L, 17, 20); Paul. sent. rec. II, 12, 6. Modest. 2 Differ. (Collat. X, 2, 1. 4); Alex. in Collat. X, 8. Diocl. in Collat. X, 3. 5. Inst. Just. III, 14, 3. Eine Modification dieser Ordnung d. h. Haftung auch für Culpa statuirt für den Fall, daß Jemand aus eigener Initiative dem Deponenten den Antrag zur Uebernahme des Depositum macht, Jul. bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 35), wozu vgl. A. 1075, eine Ordnung, welche Schilling, a. O. § 236 t ohne practische Pointe verallgemeinert. Dazu kommt dann die Modification im Falle von § 89 unter 2 f.

1028) Afric. 8 Quaest. (D. LXVII, 2, 61. § 6); Gai. 7 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 3); Paul. 22. 29 ad Ed. (D. XIII, 6, 22. 17. § 3).

3. Eine exceptionelle Ordnung gegenüber dem unter 2 dargelegten Grundsatze greift jedoch aus historischen Gründen Platz

a. einestheils bezüglich des Mandatares[1029]) und negotiorum gestor,[1030]) indem Beiden Haftung auch für Culpa auferlegt ist, sowie

b. andrerseits bezüglich des Precaristen, insoweit wider denselben a. praescriptis verbis gegeben wird, indem diesem nur Haftung für Dolus allein obliegt.[1031])

B. Bei mora wird das Maaß der Verschuldung bestimmt

1029) Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 8. § 10. fr. 10. § 1), 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); Alex. im C. Just. IV, 35, 5. Diocl. das. c. 11. 13. Constant. das. c. 21. Es ist dies eine traditionell überlieferte Ordnung, aus jener Zeit stammend, wo das Mandat nur noch einfaches Lebensgeschäft und einzig und allein auf die fides gestellt war (§ 101) und anomaler Weise beibehalten, auch nachdem das Mandat zum Contracte erhoben worden. Die Haftung für Dolus allein sprach Modest. 2 Differ. (Collat. X, 2, 3) aus, ohne jedoch mit diesem principiell richtigeren Satze durchzudringen. Sodann adoptirt aber auch die Theorie diese normale Ordnung bezüglich des mandatum adpromittendi insbesondere: Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 8. § 8), 7 Disp. (D. cit. fr. 29. pr. § 3. 4), vgl. Jul. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. cit. fr. 10. § 12).

1030) Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. III, 5, 11); Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); Paul. sent. rec. I, 4, 1. 9. 39 ad Ed. (D. III, 5, 21. § 3. XLVII, 2, 53. § 3); Diocl. im C. Just. II, 19, 20. IV, 32, 24. V, 51, 7. Inst. Just. III, 27, 1. Ausnahmeweise Haftung für Dolus allein statuirt für den Fall, wo Gefahr im Verzuge ist, Lab. bei Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 5, 3. § 9). Jene strengere Haftung des neg. gestor stammt daher, daß die neg. gestio durch die Rechtswissenschaft im Wege der Analogie klagbar gemacht wurde, wobei als die maaßgebenden Vorbilder die Stellung des Tutor, fiduciae accipiens, socius und Mandatar gesetzt wurde (§ 49 a. E. A. 1535 [a]): Alle diese aber haften für Culpa: A. 1273. 1032. 1029.

1031) Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23), 71 ad Sab. (D. XLIII, 26, 8. § 3. 6); diese Anomalie stammt her von der für das Interdict gesetzten Ordnung des honor. Edictes in Dig. XLIII, 26, 2. pr., welches den Precaristen nur wegen des dolo malo desinere habere, nicht aber wegen Culpa für verhaftet erklärte. Dagegen ergiebt keine Ausnahme, daß bei a. pigneraticia in factum conc. wegen pignus praetorium der Pfandgläubiger nach den Edicten in Dig. XLII, 5, 9. pr., wozu vgl. Ulp. 62 ad Ed. (D. cit. § 5), sowie bei Ulp. 61 ad Ed. (D. XLII, 5, 8. § 3) nur wegen Dolus haftet: denn es ist niemals eine damit concurrirende bon. fid. a. in ius conc. für jenes Rechtsverhältniß constituirt worden: A. 1495.

durch den Gesichtspunkt einer strafähnlichen Ahndung der darin begangenen Rechtsverletzung, dem entsprechend daher

1. bei mora solvendi dem Debitor die Haftung auch für Culpa auferlegt wird: unter I A 1 b; dagegen

2. bei mora accipiendi die Haftung des Debitor auf Dolus allein reducirt wird: unter I B 1 b.

Was sodann den objectiven Thatbestand der Verletzung der Obligation nach ihrem öconomischen Gehalte betrifft, so ist solcher wiederum zwiefältiger Beschaffenheit, theils nämlich

1. Verletzung der durch Vertrag zwischen den Contrahenten vereinbarten Verbindlichkeiten, und so zwar

a. totale oder partielle Vereitelung oder Verweigerung der vertragsmäßigen Solution, so z. B. nach Lab. und Nerva bei Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1); Proc. 6 Ep. (D. XVIII, 1, 68. pr. § 2); Cels. 8 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 16); Jul. 13 Dig. (D. XIX, 1, 23); Alex. im C. Just. IV, 39, 6. Diocl. das. IV, 49, 4.

b. Solution eines Objectes von vertragswidriger Substanz oder Qualität, so in ersterer Beziehung bei Ulp. 40 ad Sab. (D. XIII, 7, 1. § 2), 11 ad Ed. (D. XIII, 7, 36. pr.), in letzterer Beziehung nach Jav. 11. Epist. (D. XIX, 2, 51. § 1); Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 15); Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. pr. § 4. 6); Ulp. 4. 18. 32. 70 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2. XIX, 1, 34. 13. § 3. 4. fr. 35); Paul. 3. 5 Quaest. (D. XLVI, 1, 54. XIX, 5, 5. § 2), sent. rec. II, 17, 6; Flor. 8 Inst. (D. XVIII, 1, 43. pr.); Diocl. im C. Just. IV, 49, 9. 12., wozu vgl. Voigt im Archiv f. civil. Prax. LIV, 218 fg. 228;

c. Verletzung des Solutionsobjectes durch vertragswidriges Gebahren mit demselben: Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 11. § 4. fr. 13. § 1); Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18 pr. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 4); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 3);

2. sodann Verletzung der ipso iure obliegenden Verbindlichkeiten, und so zwar

a. Gebahren mit der res debita, wodurch der Thatbestand eines Delictes, so namentlich damnum iniuria datum oder furtum consummirt wird, demgemäß daher diesfalls mit der bon. fid. a. die Klage aus dem Delicte concurrirt, so z. B.:

cond. furtiva: Pomp. 38 Qu. Muc. (D. XIII, 1, 16);

a. furti: Paul. de Conc. act. (D. XLIV, 7, 34, § 1. 2);

a. leg. Aquiliae; Proc. u. Nerat. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 11. 9); Jul. 48, 86 Dig. (D. XIX, 2, 42. 13. § 4); Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 1); Pomp. 63 ad Ed. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 11. pr.); Ulp. 19, 28, 30, 32 ad Ed. (D. X, 2, 16. § 5. XIII, 6, 7. § 1. XIII. 7, 24. § 3. XIX, 2, 13. pr.); Paul. de Conc. act. (D. XLIV, 7, 34. § 2), 23 ad Ed. (D. X, 3, 10. pr.); 6. 10 ad Sab. (D. XVII, 2, 48. IX, 2, 18);[1032]

b. Besitzübertragung eines schadenfähigen Objectes an den Mitinteressenten:

Lab. 5 Post. (D. XIX, 2, 60. § 7); Nerat. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 26. § 7); Afric. 8 Quaest. (D. XIII, 7, 31. XLVII, 2, 61. § 5. 6) u. Jul. das.; Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 3); Paul. 22. 29. ad Ed. (D. XIII, 6, 22, 17. § 3);

c. anderweites schädigendes Verhalten, welches nach Maaßgabe der natura negotii den durch die bona fides oder resp. diligentia gebotenen Obliegenheiten widerstreitet, so z. B. bei

Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 15): si vina, quae in doliis erant,

---

1032) Es concurrirt mit dieser Ordnung die reticentia (§ 87 unter III), worüber vgl. namentlich Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 1. 3. 5), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 2). — In den Fällen nun oben unter 2a und b, wie nicht minder der reticentia tritt, dafern ein Sclave als Delinquent in Betracht kommt, die Frage nach dem Umfange der Haftung des Herrn auf. Bezüglich 2a entscheiden nun Proc. und Pomp. citt. dahin, daß, dafern der Sclave ohne concurrirende Verschuldung des Herrn delinquirt, der letztere mit der bon. fid. a. nur noxaliter, anderenfalls dagegen auf das id quod interest schlechthin und ohne noxae datio haftet. Dagegen bezüglich 2b und der reticentia entscheiden Nerat., Jul. und Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 1. 3. 6. XIII, 7, 31) rücksichtlich des Mandanten, Deponenten, Commodanten und pignori dans dahin, daß der Herr im Falle der Culpa nur bis zum Maaße der a. noxalis, dagegen im Falle des Dolus auf das volle id quod interest mit der bon. fid. a. verhaftet sei, womit auch Paul. 22 ad Ed. (D. XIII, 6, 22. XIX, 2, 45. § 1) rücksichtlich des Commodanten und locator insofern übereinstimmt, als er bei Dolus des Herrn bon. fid. a auf id quod interest, bei Culpa desselben jedoch a. noxalis allein zuläßt; dagegen wieder Afric. cit. (D. XLVII, 2, 61. § 5) statuirt rücksichtlich des Mandanten und Deponenten auch bei Culpa bon. fid. a. auf id quod interest.

venierint eaque, antequam ab emtore tollerentur, sua natura corrupta fuerint, — — si, quum intelligeret venditor non duraturam bonitatem eorum usque ad eum diem, quo tolli deberent, non admonuit emtorem, tenebitur ei, quanti eius interesset admonitum fuisse;

und dann wiederum Alfen. 5 Dig. a Paul. ep. (D. XIII, 7, 30); Lab. 2 Pith. (D. XIX, 1, 54 pr.), 5 Post. a Jav. ep. (D. XIX, 2, 60. pr.) und bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 13. § 7); Lab. Sab. und Mela bei Ulp. cit. (D. cit. § 8); Afric. 33 Quaest. (D. XIX, 2, 33); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 2, 25. § 4); Ulp. 28, 31, 32 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 4. XVII, 1, 8. § 10. fr. 10. § 1. XIX, 2, 13. § 2. 3. 5. 6) u. a. m.

Alle jene mehrfachen Ansprüche aber, welche, durch die Thatbestände unter I—III begründet, auf Ersatz der dadurch verschuldeten Vermögensschädigung sich richten, gelangen zu einer klagweisen Geltendmachung durch die bon. fid. a. vulgaris: ohne daß irgend welche Modification solcher Klagformel einträte, werden jene Ansprüche als eine dem officium iudicis ohne Weiteres unterfallende Rechtsfrage behandelt. Demnach dient im Besonderen bei zweiseitigen Obligationen, wie bei Verletzung des Creditor in einseitigen Obligationen die bon. fid. a. directa solcher Aufgabe, während bei Verletzung des Debitor in einseitigen Obligationen in den Fällen unter I B und III die bon. fid a. contraria solche Function übernimmt, daher diesfalls nun auch die Möglichkeit der klagweisen Verfolgung jener Ansprüche von der Existenz solcher Klage abhängig, in Ermangelung von solcher vielmehr nur eine defensive Geltendmachung des Anspruches möglichst, wie z. B. bei res uxoria. Der Schadenersatz selbst aber, auf welchen jene Klagen sich richten, wird durchgehends bemessen nach dem Maaßstabe der utilitas und demgemäß als id quod interest des Verletzten berechnet (§ 80):

Alf. 3 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 30. § 2); Lab. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 12); Lab. und Nerv. bei Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1); Nerat. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 26. § 7); Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 5); Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 1); Ulp. 19, 28, 30, 31, 38 ad Ed. (D. X, 2, 16.

§ 5. XIII, 6, 5. pr., XIII, 7, 24. § 3. XVII, 2, 49. XIII, 7, 13. § 1); Paul. 9, 21, 28, 32 ad Ed. (D. III, 5, 7. 21. § 3. XIX, 2, 43. XIII, 4, 7. pr. XVII, 1, 22. § 11), 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 48. 50), 5, 6 Resp. (D. XIX, 2, 54. pr. XIX, 1, 47); Herm. 2 Jur. Ep. (D. XIX, 1, 49. § 1); Alex. im C. Just. V, 51, 4. IV, 24, 5. Gord. das. c. 7. Diocl. das. V, 51, 7;

eventuell aber wegen künftiger Folgen der Schädigung richtet die Klage sich auf cautio, so z. B. auf cautio restitutum iri bei Jul. 13 Dig. (D. XIX, 1, 23), cautio de dolo bei Paul. 36 ad Ed. (D. XXIV, 3, 25. § 1).

Im Besonderen aber bei doloser Vereitelung od. Verweigerung der Solution greift, gleich als pönale Steigerung der Haftung, wegen fides rupta[1033]) das iusiurandum in litem des Klägers Platz, analog, wie bei der formula petitoria, im Falle der verschuldeten Vereitelung aber tritt zugleich auch Verlust der etwaigen Impensenforderung ein (§ 81).

§ 87.

Die bon fid. a. als Schädenklage wegen dolus malus, vis, reticentia, Verweigerung der stipulatio simplae vel duplae und wegen laesio enormis.

Das delictartige Verhalten in Geschäftsverhältnissen unter Lebenden, welches vom Gesichtspunkte der dadurch herbeigeführten ungerechtfertigten Vermögensschädigung des Mitinteressenten von der aequitas durch Klage reprimirt und zu dessen Repression nun auch die bon. fid. a. als Organ der aequitas verwendet wird, umfaßt nach § 80 fünf verschiedene Sondervorkommnisse und zwar:

I. dolus malus (Arglist), beruhend theils auf dem objectiven Thatbestande, daß durch die Handlungsweise des maaßgebenden Subjectes ein Anderer in einen Irrthum versetzt wird, theils auf dem subjectiven Thatbestande ebensowohl des Vorsatzes, solchen Irrthum hervorzurufen, somit also zu täuschen, als auch der Absicht, durch solche Täuschung den Anderen zu schädigen.[1033a]) Zur

1033) So Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 5. pr); im Uebrigen vgl. A. 837, sowie namentlich Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 8. § 9): dolo — facere videtur, qui id, quod potest restituere, non restituit; 2 Disp. (D. XV, 1, 36); Paul. 36 ad Ed. (D. XXIV, 3, 25. § 1).

1033 a) Vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 89 fg.

Repression solcher Arglist greift aber die bon fid. a. in Function einer Schädenklage in zwei Fällen ein: [1034])

1. Dafern die Solution einer ohne Arglist begründeten bon. fid. obligatio durch Arglist beeinflußt und so nun der Mitinteressent geschädigt wird, so:

Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 14), Proc. 2 Ep. (D. XVIII, 1, 68. § 1. 2), Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 1, 66. § 1), 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 8) und bei Ulp. 11 ad. Ed. (D. XIII, 7, 36. pr. XIX, 1, 32); Pap. 3 Resp. (fr. Vat. 13); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 3), 40 ad Sab. (D. XIII, 7, 1. § 2); Paul. 5 ad Sab. (D. XIX, 1, 8. § 1), 11, 34 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 3. XIX, 2, 24. pr.);

2. Dafern die Begründung einer bon. fid. obligatio durch Arglist beeinflußt und durch deren Solution der Betreffende geschädigt wird, somit also in der causa solutionis die Vitiosität des Verhältnisses belegen ist. Und hierunter nun ordnen sich die in § 26 besprochenen Vorkommnisse der durch Arglist beeinflußten Willenserklärung bei

Veteres in Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39); Jul. 15 Dig. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 6); Scaev. 2 Quaest. (D. XXI, 2, 69. § 5); Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 9), Ulp. 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. § 1), Modest. l. c. (D. cit.);

sodann die Vorkommnisse des wissentlichen Verkaufes einer res aliena oder extra commercium:

Jul. 10 ex Min. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 15), Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 30. § 1), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 16. 18), Modest. 5 Reg. (D. XVIII, 1, 62. § 1), Inst. Just. III, 23, 5. wozu vgl. Voigt, im Archiv f. civil. Prax. LIV, 53 fg. A. 62, 63;

1034) Dagegen ist solches nicht der Fall in den beiden Vorkommnissen, daß entweder die Aufhebung der bon. fid. obligatio durch Arglist herbeigeführt ist: denn dann tritt die Ordnung in A. 937 ein: es greift die bon. fid. a. als Contracts- oder Quasicontractsklage mit replicatio doli Platz; oder daß die Begründung der bon. fid. obligatio durch Arglist beeinflußt, die Solution aber noch nicht erfolgt ist: dann tritt die Ordnung von A. 933, analog wie bei vis in A. 932 ein: es greift defensio ipso iure Platz.

wie endlich die Fälle bei

Jul. 15 Dig. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 5) und bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. pr.); Ulp. cit. (D. cit. fr. 9. pr. XIII, 7, 36. § 1); Paul. 3 Quaest. (D. XLVI, 1, 54), 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1); Sev. und Car. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 1); Diocl. im C. Just. III, 38, 3. vgl. das. II, 54, 3. VIII, 28, 10.

In allen diesen Vorkommnissen aber übernimmt die bon. fid. a. die Function einer a. de dolo; und während solche Function einerseits eine durchaus professionelle ist, insofern die erstere Klage, sobald überhaupt begründet, die letztere unbedingt ausschließt, so behauptet andrerseits wiederum in solchem Concurrenzverhältnisse die bon. fid. a. ihre eigenartige Natur: sie gewinnt nicht den pönalen Character der a. de dolo, sondern bewahrt sich ihre rein reipersecutorische Tendenz, sich richtend auf Schadenersatz nach dem Maaßstabe des id quod interest:

Lab. und Nerv. bei Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1: venditorem deceptum ex vendito actionem habere, quanti sua interest id non esse factum); Modest. 5 Reg. (D. XVIII, 1, 62. § 1: ex emto adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur); Inst. Just. III, 23, 5 (habebit actionem ex emto, ut consequatur, quod sua interest deceptum non esse);

daher nun dementsprechend[1035]) die bon. fid. a. auch wider den Erben in solidum geht, nicht aber, wie die a. de dolo, lediglich auf id quod pervenit (§ 92 unter II A i):

Pomp. 29 ad Sab. (D. XLIV, 7, 12), Pap. 11 Resp. (D. XLV, 1, 121. § 3), Ulp. 30, 69, 71 ad Ed. (D. XVI, 3, 7. § 1. L, 17, 152. § 3. fr. 157. § 2), Paul. 9 Resp. (D. XXVII, 7, 8. § 1), 18 ad Plaut. (D. XLIV, 7, 49).

II. Analog wie der dolus malus, so begründet auch die vis eine entsprechende Verwendung der bon. fid. a. in Function einer a. quod met. c., wie dies bekundet wird von Alex. im C. Just. IV, 44, 1., wozu vgl., Diocl. das. c. 8. Allein während einerseits die bon. fid. a. auch hier ihren reipersecutorischen Character sich be-

1035) Im Weiteren vgl. Zimmern, Noxalkl. 53 A. 73, sowie A. 1019; dann auch Paul. 23 ad Ed. (D. X, 3, 10. pr.).

wahrt, so gewinnt andrerseits wiederum solche Function hier ebenso in theoretischer, wie in practischer Beziehung eine andere Bedeutung, als dort, insofern als in ersterer Beziehung die a. quod met. c. nicht in ein subsidiäres Verhältniß zur bon. fid. a. gestellt ist, in letzterer Beziehung aber die a. quod met. c., als pecuniär vortheilhafter, die entsprechende Verwendung der bon. fid. a. außerordentlich beschränkte. Lediglich gegenüber dem Erben des Zwingenden tritt das entgegengesetzte Verhältniß ein: die bon. fid. a. geht auch hier gegen jenen auf das id quod interest, während die a. quod met. c. nur auf das id quod pervenit sich richtet.

III. Die reticentia beruht einestheils auf dem objectiven Thatbestande einer Verschweigung erheblicherer, weder augenscheinlicher, noch dem Mitinteressenten bekannter Fehler eines Rechtsobjectes Seitens dessen, der eine entgeltliche Uebertragung desselben in den juristischen Besitz oder die Detention des anderen vollzieht, mag solches im Wege der Veräußerung oder der Tradition zum Zwecke der Ausübung von Nutzungsbefugnissen an solchem Objecte beschehen; sowie anderntheils auf dem subjectiven Thatbestande der Verschuldung, sei dies Dolus, sei es Culpa [1036]), wobei insbesondere die Letztere darin beruht, daß es für den Besitz-Uebertragenden ein Pflichtgebot der diligentia ist, die erheblicheren Fehler des betreffenden Objectes zu kennen, demgemäß die diesfallsige Unkenntniß zur pflichtwidrigen Unachtsamkeit, somit zur Fahrlässigkeit sich qualificirt. Demgemäß gewinnt daher die reticentia Relevanz ebenso bei venditio [1037]) und beim entsprechen-

1036) Vgl. hierzu Voigt, im Arch. f. civil. Prax. LIV, 220 fg. Wegen des Momentes der Erheblichkeit des Fehlers vgl. Schilling, Inst. § 293 n; es sind dafür die concreten Verhältnisse maaßgebend, so daß z. B., dafern dolia verkauft werden, der Defect eines solchen erheblicher Fehler ist: Lab. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX 1, 6. § 4), dafern aber ein Grundstück verkauft ist, dessen Pertinenz eingegrabene dolia bilden, der Defect eines solchen ein nicht erheblicher Fehler ist: Lab. 2 Pith. (D. XIX, 1, 54. § 1). — In dieser Lehre tritt der Dolus regelmäßig unter der Bezeichnung scientia, die Culpa als inscientia oder auch ignorantia auf, worüber vgl. A. 1389. — Wegen der bei Verkauf von Sclaven und Vieh ipso iure obliegenden Verbindlichkeit, wegen Abwesenheit gewisser Fehler Caution zu leisten, vgl. A. 1376.

1037) Trebat. bei Marcian. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45); Ofil. bei Ulp. 2 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 38. § 7); Lab. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX,

den Innominatcontracte[1038]), als auch bei pignoris datio[1039]), wie bei der locatio[1040]).

Der Anspruch selbst aber auf Ersatz der durch solche reticentia verursachten Vermögensschädigung wird wiederum geltend gemacht durch die betreffende bon. fid. a., die nun je nach der Beschaffenheit der Verschuldung als Dolus oder als Culpa eine verschiedene Richtung gewinnt, insofern ersteren Falles der Schaden in pönaler Steigerung gewürdert wird nach dem Maaßstabe der utilitas als id quod interest, so daß ebensowohl der Ausfall am Erwerbe, wie der etwaige sonstige Verlust in Ansatz kommt:

Trebat. bei Marcian. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45), Serv. Lab. und Sab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 1), Jul. 15 Dig. bei Marcian. 4 Reg. cit. und Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.), Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 15), 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 6, 9), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 1), Paul. 5 ad Sab. (D. XIX, 1, 4. pr.), 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 2), 5 ad Plaut. (D. XVIII, 1, 57. § 1); vgl. § 74 unter I A 2 bb., sowie A. 815, 1750.

wogegen im Falle der culposen reticentia der Schaden gewürdert wird nach dem Maaßstaabe des pretium rei und zwar als quanto minoris res est, so daß diesfalls lediglich der Ausfall am Erwerbe in Anschlag gebracht wird:

1, 6. § 4); Nerat. bei Paul. 5 ad Plaut. (D. XVIII, 1, 57. pr.) und bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 7. 8); Vivian. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 1. § 9); Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr) und bei Marc. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45); Afric. 8 Quaest. (D. XXI, 1, 51. pr. XLVII, 2, 61. § 5); Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 15), 10 ad Ed. prov (D. XVIII, 6, 9); Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 4); Pap. 3 Resp. (D. XIX, 1, 41); Ulp. 32. 80 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 5. ff. 13. § 1. 2. XXI, 1, 61), 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. § 1), 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 4. pr. § 4); Paul. 5 ad Sab. (D. XIX, 1, 4. pr.), 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 1. 2), 5 ad Plaut. (D. XVIII, 1, 57. § 1), sent. rec. II, 17, 11; Carac. im C. Just. IV, 58, 1.

1038) So bei permutatio Aristo bei Paul. 5 ad Plaut. (D. XIX, 4, 2).

1039) Afric. 9 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 1. 3. 5); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 7, 9. pr.); Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 7, 16. § 1); Marcian. 4 Reg. (D. XIII, 7, 32).

1040) Serv. Lab. und Sab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 1); Minic. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 4); Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 5).

Jul. 15 Dig. bei Marcian. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45) und bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.), Ulp. cit. (D. cit. § 1), 80 ad Ed. (D. XXI, 1, 61).[1041])

IV. Als weiteres Vorkommniß delictartigen Verhaltens bei Rechtsgeschäften unter Lebenden qualificirt die aequitas die vorsätzliche Verweigerung vom Abschlusse der stipulatio duplae vel simplae bei entgeltlicher Veräußerung, so namentlich bei emt. vend. oder permutatio oder auch bei divisio rei communis, somit die Verletzung der dem Veräußerer ipso iure obliegenden Verbindlichkeit zur vertragsmäßigen Uebernahme der Evictionsverpflichtung in jener solennen Modalität.[1042]) Und auch hier dient zur Repression solcher Rechtsverletzung die Contractsklage,[1043]) welche zwar normaler Weise auf Schadenersatz nach dem Maaßstabe des id quod interest tendirt, bei welcher aber anomaler Weise der erst künftige d. h. aus einer etwa später eintretenden Eviction erst zu befürchtende Schaden gleich wie ein gegenwärtiger Schaden behandelt wird, so daß demnach als quod interest die zu promittirende dupla vel simpla selbst in Ansatz kommt: Nerat. und Paul. in Anm. 1043 citt.

Insbesondere aber für den Procentsatz je von duplum oder simplum ist maaßgebend die örtliche Usance, eventuell aber der Werth des Kaufobjectes in dem Maaße, daß bei werthvolleren

---

1041) Vgl. A. 814. Isolirt ist die abweichende Meinung von Cass. bei Ulp. [illegible] ad Ed (D. XIX, 2, 19), der auch hier den Maaßstab des id quod [illegible], während wiederum Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 1) [illegible] res hereditariae die Haftung wegen reticentia ganz weg[illegible] A. 1346.

1042) [illegible] ben tritt in der Zeit Hadrians die Rechtsordnung, daß dem [illegible] iure, somit ohne stipulatio duplae vel simplae die Evictionshaftung obliege und durch bon. fid. a. geltend gemacht werden könne. Allein dies ist eine aus dem strictum ius in das aequum et bonum recipirte Ordnung, bei welcher somit die bon. fid. a. nicht Organ der aequitas, als vielmehr ausnahmsweise des rigor ist. Daher gehört diese Rechtsordnung nicht hierher, sondern in die historische Abtheilung: A. 1549 fg.

1043) So a. emti: Cels. 8 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 17); Nerat. bei dems. (D. XIX, 1, 11. § 8. 9); Jul. 57 Dig. (D. XXI, 2, 39. pr.); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XXI, 2, 6); Ulp. 22. 32 ad Ed. (D. XII, 2, 13. § 3. XXI, 2, 37. pr. § 1); Paul. 5 ad Sab. (D. XXI, 2, 2); a. communi divid.: Paul. 23 ad Ed. (D. X, 3, 10. § 2).

Objecten die dupla, bei geringwerthigeren die simpla zu promittiren ist.[1044])

V. Endlich das letzte hierher gehörige Vorkommniß ist die sogen. laesio enormis, somit der Fall des Verkaufes einer Sache für einen Kaufpreis, welcher noch nicht die Hälfte vom wahren Werthe des Objectes erreicht, wo nun Diocl. im C. Just. IV, 44, 2 dem Verkäufer die a. venditi gewährt in der Richtung, daß der Abkäufer entweder den Kaufpreis bis zu jenem Sachwerthe ergänzt oder aber die Rescission des Kaufcontractes vollzieht.[1045])

§ 88.

Die bon. fid. actio als Bereicherungsklage bezüglich vitiöser causa und bezüglich impensae necessariae.

Unter den zahlreichen Thatbeständen einer ungerechtfertigten Bereicherung, welche nach § 81 die aequitas anerkennt und verpönt, sind es lediglich drei, deren Repression von der bon. fid. a. übernommen wird: Bereicherung durch ein pecuniär indifferentes Rechtsgeschäft unter Lebenden, welchem in einem bon. fid. negotium eine vitiöse causa unterliegt; Bereicherung sodann durch den vom Mitinteressenten beim bon. fid. negotium auf das Solutionsobject gemachten Aufwand von nothwendigen Impensen; wie endlich Bereicherung durch einen beim bon. fid. negotium mittelst der res debita vom Schuldner gemachten Gewinnes. Insbesondere nun

I. im Falle der Bereicherung durch ein pecuniär indifferentes Rechtsgeschäft unter Lebenden tritt die bon. fid. a. in Function einer Bereicherungsklage dann ein, wenn die jenem Rechtsgeschäfte unterliegende secundäre causa ebenso in einem bon. fid. negotium besteht, als auch an einem für die cond. ob caus. relevanten Vitium leidet: iniusta, turpis, falsa, non secuta, finita, nulla oder furtiva ist.[1046]) Und in solcher Function wird nun die bon. fid. a. bekundet

1. bei turpis causa von

Ulp. 43 ad Sab. (D. XXVII, 3, 5) für a. depositi und com-

1044) Gai. und Ulp. 32 ad Ed. in Anm. 1043 citt.

1045) Vgl. Schilling, Inst. § 300. Arndts, Pand. § 307, sowie unten A. 1553 fg.

1046) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 86.

modati; Paul. 5 ad Plaut. (D. XII, 5, 9. § 1) für a. locati, emti und mandati;

2. bei falsa causa von

Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XXI, 2, 37. § 2),[1047]) Jul. 25, 33 Dig. (D. XVIII, 4, 19. XXX, 1, 84. § 5), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 5) für a. emti; Jul. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 11. § 7), Pomp. bei dems. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 3. § 3), Marcian. 3 Reg. (D. VIII, 2, 35) für a. venditi; Sev. und Car. bei Ulp. 22 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 4) für a. conducti; Paul. 31 ad Ed. (D. XLVI, 2, 12) für a. mandati;

3. bei causa finita von

Lab. bei Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 6, 17. § 5) für a. commodati; Cass. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XII, 7, 2) und Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15. § 9) für a. conducti; Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11, § 6. 18),[1048]) Ulp. cit. (D. XVIII, 3, 4. pr.) und Hermog. 2 Jur. Ep. (D. XXI, 2, 74. § 1. s. A. 1048) für a. emti.

Und diesem systematischen Gesichtspunkte ist es nun auch zu unterstellen, wenn Justin. im Cod. VI, 43, 3. § 4 für den Fall, daß Jemand wissentlich eine res legata vom Erben gekauft hatte

---

1047) Si simplam pro dupla per errorem stipulatus sit emtor, re evicta consecuturum eum ex emto, quanto minus stipulatus sit, somit ein Fall der omissio ex falsa causa: A. 1623.

1048) Der § 18 cit. betrifft das pactum de non praestanda evictione, welches im Evictionsfalle die a. emti als Evictionsklage, somit auf id quod interest ausschloß; dafern jedoch der Verkäufer unwissentlich eine res aliena verkauft hat, greift trotzdem die a. emti in Function einer cond. causa finita auf Restitution des id quod pervenit nach Julian Platz; vgl. Schilling, Inst. § 297 tt. Und die gleiche Klage ist es auch, welche Platz greift im Falle der Eviction des erkauften pignus in causa iudicati captum nach Hermog. 2 Jur. Ep. (D. XXI, 2, 74. § 1), wozu vgl. Gord. im C. Just. VIII, 45, 13. — Dagegen gehört nicht hierher, wenn Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 9) als Object der a. ex emto in Function der Evictionsklage das pretium nennt: denn damit ist nur diejenige Summe bezeichnet, welche gemeinhin den Betrag des Interesse repräsentirt, nicht aber ist damit eine in thesi maaßgebende Beschränkung der a. emti auf jenes pretium ausgesprochen; vgl. Mommsen, Beitr. II, 26. A. 22. Anders freilich ist zu beurtheilen Plaut. Pseud. IV, 7, 87. 124 fg. 131 fg., worüber s. A. 1476.

und daß solche vom Legatar evincirt worden ist, die a. emti wider den Erben auf den gezahlten Kaufpreis beschränkt; denn solche Klage verliert damit ihre normale Natur als Schädenklage und nimmt singulärer Weise die Natur einer cond. caus. fin. an.

4. Bei nulla causa von

Afric. 8 Quaest. (D. III, 5, 49) für a. neg. gest.; Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 47) und Paul. 5 ad Ed. (D. XVI, 3, 4) für a. depositi und commodati;

5. bei causa furtiva von

Ulp. 32 ad Ed. (D. XVIII, 1, 30) für a. emti.

Und indem in allen jenen Fällen nicht der Thatbestand der vom Kläger erlittenen Vermögensschädigung, als vielmehr der vom Beklagten auf Unkosten des Ersteren erworbenen Bereicherung den Klaggrund ergiebt, somit also diesfalls die bon. fid. a. nicht als Schädenklage, sondern als ächte Bereicherungsklage fungirt, so tritt nun insoweit an Stelle des id quod interest, worauf die bon. fid. a. ebenso als Klage auf Erfüllung des Vertrages, wie als Schädenklage sich richtet, das id quod pervenit, als das Quantum der Bereicherung (§ 81 unter II):

Lab. bei Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 6, 17. § 5); Jul. 15. 33 Dig. (D. XIX, 1, 11. § 18. XXX, 1, 84. § 5); Ulp. 30. 32 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 47. XIX, 1, 11. § 5), 43 ad Sab. (D. XXVII, 3, 5); Sev. und Car. bei Ulp. 22 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 4),

während zur Abwehrung künftig eintretender Bereicherung Caution auf Restitution des id quod pervenit auferlegt wird, so bei

Pomp. 11 ad Sab. (D. XIII, 6, 13. pr.).

II. In dem Falle, daß ein Gläubiger eine Bereicherung dadurch erlangt, daß in seinem Interesse von dem Schuldner impensae necessariae[1049]) auf die geschuldete Prästation innerhalb des bon. fid. negotium verwendet werden, ohne daß dem-

1049) Auf impensae utiles wird diese Rechtsordnung ausgedehnt in dem Falle, daß das Impendiren Seitens des Schuldners auf Grund eines Mandates oder einer neg. gestio erfolgt von Ulp. 31 ad Ed. (D. XIII, 7, 25) bei pignus und von Paul. 2 Sent. (D. XIX, 2, 55. § 1) bei loc. cond.; dies sind ganz singuläre Sätze, deren Generalisirung durchaus nicht gerechtfertigt ist: A. 1095. vgl. § 91.

selben die Bestreitung solchen Aufwandes gesetzlich obliegt, hat der Letztere Anspruch auf Restitution der durch das Impendiren an sich von dem Ersteren erworbenen Bereicherung; und zwar dient zur aggressiven Geltendmachung solcher Forderung die bon. fid. a. directa oder contraria, welche diesfalls nun auf den Betrag solcher Impensen, als des id quod pervenit, eventuell bei künftiger Bereicherung durch später aufzuwendende Impensen, wie bei Paul. 23 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 10) auf Bestellung bezüglicher Caution sich richtet. Und in solcher Function wird bekundet[1050]) die

a. venditi von Trebat. und Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 22), vgl. Diocl. im C. Just. IV, 49, 16.

a. conducti von Paul. 2 Sent. (D. XIX, 2, 55. § 1);

a. pro socio von Lab. bei Pomp. 13 ad Sab. (D. XVII, 2, 67. § 2); Proc. bei Paul 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 38. § 1) vgl. dens. bei dems. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 67. pr.); Cass. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 52. § 12); Jul. das. (D. cit. 61); Gai. 28 ad Ed. prov. (D. XXXIX, 2, 32); Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 67. § 2); Diocl. im C. Just. IV, 37, 2.

a. mandati contraria von Mela bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 26. § 8); Gai. 3. 9 ad Ed. prov. (D. III, 3, 46. § 6. XVII, 1, 27. § 4); 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5. pr.); Pap. 3 Resp. (D. XVII, 1, 56. § 4); Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 9 fr. 12. § 9); Paul. 1 Sent. (D. III, 3, 30), sent. rec. II, 15, 2; Sev. und Car. im C. Just. IV, 35, 1; Alex. das. c. 4; Diocl. das. c. 20. § 1;

a. commodati contraria von Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 2); Paul. 22 ad Ed. (D. XIII, 6, 22), sent. rec. II, 4, 1. Modest. 2 Differ. (Collat. X, 2, 5);

a. depositi contraria von Modest. 2 Differ. (Collat. X, 2, 5. D. XVI, 3, 23);

a. pigneraticia contraria von Pomp. 35 ad Sab. (D. XIII, 7, 8. pr.); Ulp. 31 ad Ed. (D. cit. 25); Paul. 23 ad Ed.

1050) Vgl. im Allgemeinen Qu. Muc. Scaev. bei Cic. de Off. III, 17, 70. Bei Mandat, negot. gestio und Tutel treten nach der Theorie der Kaiserzeit auch noch usurae legales hinzu.

(D. X, 2, 29); Carac. im C. Just. VIII, 14, 6; Gord. das. IV, 24, 7;

a. negot. gestor. contraria von Jul. 3 Dig. (D. III, 5, 6. § 3); Gai. 3 ad Ed. prov. (D. cit. 2), 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5. pr.); Ulp. 4 Opin. (D. III, 5, 45. pr.); Sev. und Car. im C. Just. II, 19, 3; Alex. das. c. 10; Gord. das. c. 15;

a. aus communio incidens von Proc. bei Paul. 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 38. § 1); Nerat. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 2, 18. § 7); Urs. Fer. bei dems. (D. X, 3, 6. § 12); Jul. bei Paul. cit. (D. X, 2, 44. § 8); Scaev. 1 Resp. (D. X, 2, 39. pr.); Gai. 7. 28 ad Ed. prov. (D. X, 3, 11. XXXIX, 2, 32); Pap. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 2, 18. § 6); Paul. 23 ad Ed. (D. X, 3, 8. § 3. 4), 3. 7 ad Plaut. (D. X, 3, 14. § 1. XLIV, 7, 46); Sev. und Car. im C. Just. II, 19, 3; Diocl. das. III, 36, 18. § 1); J. Just. III, 27, 3. 4. vgl. Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 3, 6. pr.);

a. tutelae contraria von Jul. 21 Dig. (D. XVII, 4, 4); Ulp. 36 ad Ed. (K. XXVII, 4, 1. § 4—6. 8. fr. 3. pr. § 8) und Lab. das.; Kiocl. im C. Just. V, 58, 3. J. Just. III, 27, 2.

§ 89.

Die bon. fid. actio als Bereicherungsklage bezüglich des Gewinnes aus der res debita.

III. Das letzte Verhältniß, in welchem die bon. fid. a. als Bereicherungsklage fungirt, ist gegeben in dem Vorkommnisse, wo in dem bon. fid. negotium der Schuldner mittelst der res debita eine dem Gläubiger zukommende und um deßwillen für jenen selbst ungerechtfertigte Bereicherung juristisch erwirbt.

Jene Zuweisung an sich aber solchen Erwerbes je an den Gläubiger oder den Schuldner wird geregelt durch einen Grundsatz, der in den Quellen in der Fassung auftritt:

ubi periculum, ibi et lucrum collocetur: Pap. Def. bei Justin. im Cod. VI, 2, 22. § 3;

commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda: Paul. 3 ad Sab. (D. L, 17, 10);

commodum eius esse debet, cuius periculum est: J. Just. III, 23, 3;

woneben dann auch die logische Contraposition ausgesprochen wird:

eius debet esse damnum, cuius praemium est: Sen. Exc. Contr.

III, 6, 3. wozu vgl. Ter. Hec. V, 3, 42: multa ex quo fuerint commoda, eius incommoda aequomst ferre.

Sonach bezeichnet daher dieser Grundsatz den betreffenden Interessenten, welchem der fragliche Erwerb überwiesen wird, nicht unmittelbar und schlechthin, als vielmehr durch Bezugnahme auf den Umstand, daß Jemandem das periculum obliege, so daß an den letzteren Thatbestand die Rechtsordnung bezüglich des Erwerbes angeknüpft wird.

Was daher zunächst jenen Thatbestand des periculum oder incommoda oder damnum apud aliquem esse anbetrifft [1051]), so vertritt periculum den Begriff von Risico einer Vermögenseinbuße (iactura) oder, indem dieselbe als etwas Nachtheiliges aufgefaßt wird, eines Vermögensnachtheiles: incommodum oder Vermögensschadens: damnum [1052]); und demgemäß bezeichnet periculum, incommodum, damnum alicuius esse oder dergl. das Verhältniß, daß Jemanden solcher Nachtheil trifft, namentlich insofern derselbe im Falle des Eintrittes einer betreffenden Vermögensschädigung sei es dem Betroffenen für dieselbe Schadenersatz zu leisten verpflichtet, sei es als Betroffener für dieselbe Schadenersatz vom Mitinteressenten zu beanspruchen nicht berechtigt ist [1053]).

In dieser Bedeutung wird indeß der fragliche Ausdruck in einer zwiefachen und verschiedenen sachlichen Beziehung in den Quellen verwendet, und zwar zunächst bezüglich des Schadens schlechthin und abgesehen ebensowohl von der Beschaffenheit seiner Entstehungsursache je nach Zufall oder Verschuldung und je nach Vorsatz oder Fahrlässigkeit (§ 70), als auch von der Beschaffenheit des zum Schadenersatze verpflichtenden Thatbestandes [1054]).

Allein diese ganz allgemeine Bedeutung ist es nicht, welche dem periculum apud aliquem esse in der obigen Verbindung unter-

1051) Vgl. darüber Arndts, Pand. § 253. 274. 275 und die das. Citirten und namentlich Mommsen, Beitr. I, und dazu Pesters, de modo quo obligatio tollitur rei interitu, Traj. 1835. Lauwers, sur les risques et périls.

1052) S. § 69. Vgl. Mommsen, a. O. 237 fg. So auch im Einzelnen z. B. periculum bei Paul. 5 ad Plaut. (D. XXIV, 3, 55); incommodum: Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 6, 7. pr.); damnum: Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 6, 8. pr.); dann auch dispendium z B. bei Nerat. 3 Membr. (D. XIX, 1, 31. pr.).

1053) So z. B. in ersterer Beziehung Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 3, 41. § 3), in letzterer Beziehung Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 6, 8. pr.).

1054) Vgl. Mommsen, a. O. 238 fg.

liegt, vielmehr vertritt dasselbe hierin eine weit engere und zwar in den Quellen vorherrschende Beziehung, in welcher das periculum esse einer dreifachen Beschränkung unterworfen ist: einestheils insofern dasselbe auf den casuellen Schaden allein, sonach mit Ausschluß der verschuldeten Schädigung beschränkt wird und demnach nur das Risico für den durch Zufall herbeigeführten Schaden bezeichnet [1055]); sodann insofern von den mehrfachen Verpflichtungsgründen zur Tragung von solchem Risico (§ 73): bezüglicher Versicherungsvertrag, Delict oder Quasidelict des Delinquenten oder seines Gewaltuntergebenen [1056]), relevante Verletzung der bona fides [1057]), sowie natura negotii nur dieser letzte Verpflichtungsgrund allein als maaßgebend in das Auge gefaßt und somit als der relevante Thatbestand gesetzt ist, an welchen die Zuweisung des lucrum angeknüpft wird; und endlich insofern, als von den mehreren Kategorieen, welche für die durch Verletzung der bona fides verschuldete Schädigung relevant sind: der Zeit, des Ortes und des Objectes (A. 886), nur die letzte Kategorie allein als maaßgebend anerkannt ist, so daß für den obigen Grundsatz einzig und allein die casuelle Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, weder aber die casuelle Verzögerung der Solution, noch die casuelle Vereitelung derselben am legalen Leistungsorte den relevanten Thatbestand ergiebt [1058]).

1055) Vgl. Schilling, Inst. § 234 i.

1056) So trifft das periculum, nicht aber das commodum den Dieb, wie dessen Gewalthaber, insofern die casuelle Vernichtung oder Deterioration des Objectes die Forderung des Gläubigers nicht mindert, und überdem derselbe auch für den casuellen indirecten Schaden bei Klagen auf id quod interest Ersatz zu leisten hat (§ 74 unter I A 1), die casuelle Ameliorirung des Objectes aber beziehentlich die Forderung des Gläubigers sogar vergrößert; so bei a. furti: Ulp. 42 ad Sab. (D. XLVII, 2, 46. pr.), 37 ad Ed. (D. cit. fr. 50. pr.); Alex. im C. Just. II, 20, 1. Diocl. das. VI, 2, 9; bei a. vi bon. rapt.: Alex. und Diocl. citt.; bei interd. unde vi: Jul. bei Tryph. 15 Disp. (D. XLIII, 16, 19); Ulp. 69 ad Ed. (D. cit. fr. 1. § 34) und Jul. das., wogegen nicht hierher gehört die cond. furtiva (A. 1671).

1057 So überträgt die mora solvendi das periculum von dem Creditor auf den Debitor und die mora accipiendi vom Letzteren auf den Ersteren: § 86 unter A 1a. B 1a, ohne daß dadurch ein Anspruch auf das commodum begründet würde: § 86 unter A 1c.

1058) Somit also: indem der Gläubiger das Risico der casuellen Verzögerung der Solution trägt, hat derselbe nicht auf Grund dessen das commodum rei zu beanspruchen.

Demnach aber ergiebt sich für den obigen Grundsatz als sachliche Bedeutung des periculum apud aliquem esse das Verhältniß, daß der Interessent einer Obligation das Risico des deren öconomischen Gehalt betreffenden casuellen Schadens auf Grund der natura negotii zu tragen hat, somit also einerseits dem dadurch betroffenen Mitinteressenten Ersatz zu leisten verpflichtet, andrerseits aber als selbst Geschädigter von dem Mitinteressenten solchen Ersatz zu beanspruchen nicht berechtigt ist. Und zwar gewinnt solche Ordnung hier, auf dem Gebiete des Obligatorischen, die besondere Ausprägung, daß in Folge vom Eintritte solchen casuellen Schadens ersteren Falles der Debitor von der Verbindlichkeit zur ungeschmälerten Leistung seines Debitum nicht liberirt wird, vielmehr das entsprechende Forderungsrecht des Gläubigers in rechtlichem Bestande verbleibt, letzteren Falles aber das Forderungsrecht des Gläubigers auf solche Leistung erlischt, somit aber der Debitor von seiner entsprechenden Verbindlichkeit, sei es ganz, sei es theilweise liberirt wird.

Die normale Ordnung selbst aber, auf welche die aequitas die Bestimmung der natura des bon. fid. negotium in jener Beziehung stützt, ist gegeben in dem Grundsatze, daß das periculum den Gläubiger trifft, somit also der casuelle Untergang der res debita ein Erlöschen von dessen Forderungsrechte oder eine Liberation des Debitor, die casuelle Deteriorirung aber eine Minderung von Forderungsrecht, wie Schuldverbindlichkeit hinsichtlich des geschädigten Objectes zur Folge hat. Der gleiche Effect daher, der mit der culposen Schädigung der res debita Seitens des Debitor bei denjenigen bon. fid. negotia sich verbindet, bei denen nach Maaßgabe von § 86 derselbe nur für Dolus haftet, verbindet sich nun consequenter Weise auch mit der casuellen Schädigung der res debita. Insbesondere aber bei wesentlich zweiseitigen Obligationen, wo der durch solchen casus betroffenen Forderung ein Hauptanspruch des Schuldners gegenübersteht, greift der Grundsatz Platz, daß durch jene Aufhebung oder Modification der ersteren Forderung die letztere in ihrem Bestande, wie Gehalte nicht alterirt werde, ein Satz, der wiederum in vollkommener Harmonie steht, ja als Consequenz bedingt ist durch die Ordnung, daß auch die mora solvendi, wie die verschuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte oder

an ihrem legalen Leistungsorte in Bezug auf die eine Leistung die andersseitige Gegenleistung weder aufhebt, noch modificirt, somit aber noch weit weniger der casuellen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte solcher Effect zukommen kann [1059]).

Im Uebrigen aber stehen diese Rechtssätze bezüglich der Tragung vom periculum des Debitum zu der in § 86 unter III dargelegten Rechtsordnung bezüglich der verschuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte in Wahrheit in dem Verhältnisse eines negativen Complementes: denn während für den Fall solcher Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution dort die Voraussetzungen der Verhaftung des Debitor für Schadenersatz festgestellt sind: in dessen Dolus oder resp. culpa levis, und daraus nun als Fälle des Nichtvorhandenseins solcher Voraussetzung Casus und resp. culpa levis ohne Weiteres sich ergeben, so wird hier nun solche negative Consequenz in der Form des affirmativen Vortheiles ausgesprochen: es werden Casus und resp. culpa levis als Voraussetzungen der Nichtverhaftung des Debitor hingestellt. Und so nun, sei es in dieser, sei es in jener Form des Urtheiles wird diese normale Rechtsordnung bekundet für

bon. fid. negotia im Allgemeinen von Alex. im C. Just. IV, 24, 6: quae fortuitis casibus accidunt, quum praevideri non potuerant, — nullo bonae fidei iudicio praestantur; wie von Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23), 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2);

depositum: Alex. in Collat. X, 8. Diocl. das. c. 4 [1060]).

commodatum: Lab. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 12); Gai. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 4), 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. pr.); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 4. 13), 29 ad Sab. (D. XIII, 6, 10. pr.); J. Just. III, 14, 2; Diocl. im C. Just. IV, 23, 1.

1059) Mommsen, a. O. 330 kommt zu keiner principiellen Entscheidung dieser Frage.

1060) Bezüglich culpa levis von Gai. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 5); Modest. 2 Diff. (Collat. X, 2, 1); J. Just. III, 14, 3; bezüglich der Abwesenheit des Dolus im Allgemeinen von Paul. 18 ad Ed. (D. XVI, 3, 20).

pignus: Alf. 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XIII, 7, 30); Ulp. 38 ad Ed. (D. XIII, 7, 13. § 1); J. Just. III, 14, 4; Alex. im C. Just. IV, 24, 5. 6. Phil. das. c. 8. Diocl. das. c. 9. VIII, 14, 19.

venditio: Proc. Octav. und Pomp. bei Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 6, 8. pr.); Nerat. 3 Membr. (D. XIX, 1, 31. pr.); Jav. 7 ex Cass. (D. XVIII, 6, 16); Jul. 15 Dig. (D. XVIII, 5, 5. § 2) und bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 2, 2. § 1); Afric. 8 Quaest. (D. XLVI, 3, 39); Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 2. § 1), 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 1, 35. § 4); Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 11. § 9. 12), 28, 29 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. pr. 4. § 1. XLVII, 2, 14. pr.); Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 6, 7. pr.) 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 34. § 6), 16 Quaest. (D. XVIII, 4, 21); Modest. 5 Reg. (D. XVIII, 1, 62. § 2); Alex. im C. Just. IV, 48, 1. 2. Gord. das. c. 4. Diocl. das. c. 5. 6. IV, 49, 12.

conductio rei: Lab. Sab. u. Mela bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 13. § 8); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 3); J. Just. III, 24, 5; Sev. und Car. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 4); Diocl. im C. Just. IV, 65, 28;

conductio operis: Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 13. § 1); Sab. bei Jav. 5 Post. Lab. (D. XIX, 2, 59); Jav. 8 ex Cass. (D. XIX, 2, 37); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 2, 25. § 7); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 11. § 3. fr. 13. § 5); Paul. not. zu Lab. 1 Pith. (D. XIX, 2, 62);[1061] Florent. 7 Jnst. (D. XIX, 2, 36);[1062] vgl. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 29);

1061) Lab. selbst sagte: si rivum, quem faciendum conduxeras et fececeras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est; nach Maaßgabe von Lab. bei Ulp. 32 ad Ed (D. XIX, 2, 13. § 1) ist nicht zu bezweifeln, daß Labeo einen vom Redemptor verschuldeten Schaden im Auge hatte. Das Gegentheil nimmt an Mommsen, a. O. 375.

1062) Die Stelle besagt: opus — donec approbetur, conductoris periculum est; — — si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam approbaretur, locatoris periculo est; da nun hier im letzteren Satze das periculum im Sinne von Haftung für casus dem locator überwiesen wird, so ist das Wort periculum im ersteren Satze in dem weiteren Sinne von A. 1053

locatio operarum und zwar bezüglich des Falles, wo der locator behindert ist, die operae zu leisten: Paul. Reg. (D. XIX, 2, 38. pr.); [1063]) vgl. Sept. Sev. bei Ulp. 8 de Omn. trib. (D. L, 13, 1. § 13) und Paul. Reg. (D. XIX, 2, 38. § 1), [1064]) sowie Ulp. 38 ad Ed. (D. XXXVIII, 1, 15. pr.); [1065])

wie bezüglich des Falles, wo der conductor behindert ist, von den ermietheten operae Gebrauch zu machen: Sev. und Car. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 9), wozu vgl. Pap. 4 Resp. (D. I, 22, 4. XIX, 2, 19. § 10);

societas: Cels. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 58. pr. § 1); Ulp. cit. (D. cit. fr. 52. § 3. 11);

mandatum: Mela bei Afric. 8 Quaest. (D. XLVI, 3, 39); Afric. cit. (D. XV, 3, 17. pr.) Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 8. § 10); Diocl. im C. Just. IV, 35, 13;

negotiorum gestio: Afric. 8 Quaest. (D. XV, 3, 17. pr.); Paul. 1 Sent. (D. III, 5, 37. § 1); Phil. im C. Just. V, 38, 4; Diocl. das. II, 19, 22;

Innominatcontract und zwar permutatio: Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 1): si scyphos tibi dedi, ut Stichum

---

zu nehmen, so daß hier das Risico im Allgemeinen wegen Dolus, Culpa, wie Casus dem conductor überwiesen, dieser allgemeine Satz aber dann bezüglich des Casus wieder eingeschränkt wird, wofür einen vollkommenen Parallelismus bietet Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 13. § 1). Eine andere Interpretation stellt jedoch auf Mommsen, a. O. 371 fg.

1063) Paul. sagt: qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet, ein Ausspruch, der doch gar nicht bestimmter und deutlicher sein kann. Gleichwohl will Mommsen, a. O. 362 denselben auf solche Fälle beziehen, „in welchen der Vermiether zur Leistung bereit war, der Miether aber die Leistung nicht annehmen wollte oder wegen factischer Hindernisse nicht annehmen konnte." Das heißt denn doch aus den Quellen das Gegentheil von dem herauslesen, was dieselben besagen.

1064) Beide Stellen handeln von dem mandatum non gratuitum zwischen Anwalt und Clienten (A. 1533), wofür die Parallele ebenso in der loc. cond., operarum, wie im Innominatcontracte do ut facias gegeben ist. Die Entscheidung stimmt genau überein mit der in A. 1063.

1065) Hier wird die iurata promissio operarum dem gleichen Gesichtspunkte unterstellt, wie in A. 1063.

mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes;[1066])

dos: Sab. und Jul. bei Ulp. 6 ad Sab. (D. XXIII, 3, 33); Jul. 5 ex Min. (D. XXIII, 3, 49); Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 18. § 1); Ulp. 19, 34, 47 ad Sab. (D. XXXIII, 4, 1. § 6. XXIII, 3, 10. pr. § 1. fr. 12. § 1. fr. 35); Paul. 7 Resp. (fr. Vat. 101), 5 ad Plaut. (D. XXIV, 3, 55), 35 ad Ed. (D. XXIII, 3, 41. § 3);

tutela: Hermog. 2 Jur. Ep. (E. XXVI, 7, 50); Phil. im C. Just. V, 38, 4.

Und nicht minder wird auch jene normale Ordnung, daß die Liberirung des Debitor in Folge der durch casus oder resp. culpa levis herbeigeführten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution dessen Gegenforderung nicht aufhebt, somit also eine Liberation des Creditor von dessen bezüglichen Debitum nicht zur Folge hat, nicht allein für den zufälligen Gegenanspruch, so namentlich wegen Impensen (§ 81), sondern auch für den gegnerischen Hauptanspruch bei wesentlich zweiseitigen Obligationen bekundet, und so zwar bezüglich des

emtor: Alfen. 2 Dig. (D. XVIII, 611);[1067]), Jul. 15 Dig. (D.

1066) Diese Stelle, welche ganz unzweideutig von der a. praescr. verb. handelt, wird von Mommsen, a. O. I, 391 auf die cond. caus. non sec. bezogen; vgl. A. 1018. Die cond. ob caus. selbst unterfällt übrigens gleichem Gesetze: bei A. 1671.

1067) Diese Stelle besagt: si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula (sc. vendita) custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset (puta incendium), nihil ad eum pertinebit. Danach nun ist zu beurtheilen Alfen. 3 Dig. a. Paul. epit. (D. XVIII, 6, 12. 14): lectos emtos aedilis, quum in via publica positi essent, concidit. Si traditi essent emtori aut per eum stetisset, quominus traderentur, emtoris periculum esse placet. Quod si neque traditi essent neque emtor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum est. — Materia emta si furto perisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo, — si minus, venditoris. Denn nach Maaßgabe der ersteren Stelle ist in der letzteren Stelle ebenso eine Verschuldung des Verkäufers da angenommen, wo venditoris periculo est, als auch da, wo emtoris periculo est, der Effect hiervon darein gesetzt, daß zwar der venditor, nicht aber der emtor von der Solution liberirt wird, da sonst Alfen. in der ersten Stelle nicht hätte sagen können: nihil ad venditorem pertinebit; vgl. Mommsen, a. O. I, 333. III, 310.

XVIII, 5, 5. § 2); Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1. 34 § 6); J. Just. III, 23, 3; Diocl. im C. Just. IV, 48, 6; sowie dementsprechend auch bezüglich des

Bestellers der dos aestimata: Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIII, 3, 15);

locator operis: Alf. 3 Dig. (A. 1078) bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33): si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilominus teneberis; Paul. not. zu Lab. 1 Pith. (D. XIV, 2, 10. pr.);[1068])

conductor operarum: Sev. und Car. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 9); vgl. Pap. 4 Resp. (D. I, 22, 4. XIX, 2, 19. § 10). sowie A. 1063;

contractus emphytenticarius im Falle des partiellen Unterganges oder der Deterioration des emphytenticum: s. unter 2 e.

Von jener normalen Ordnung jedoch, daß die casuelle Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution die Verbindlichkeit des Debitor resp. aufhebt oder mindert, dagegen dessen Gegenforderung intact beläßt, werden gewisse Ausnahmen statuirt; und zwar sind dieselben

---

1068) Labeo sagt: si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur; daß nun diese Entscheidung sicher nicht auf die natura negotii, somit aber auf das actum zwischen den Contrahenten sich stützte, ergiebt Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 13. § 1). Und so nun präcisirt auch Paul. die Entscheidung Labeo's in den Worten: quaeritur quid actum est: utrum pro his, qui impositi, an pro his, qui deportati essent, merces daretur. Der Schlußsatz von Paul. aber: quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium (somit: wenn der Versender nicht die Verabredung erweisen kann, daß nur für den ausgeführten Transport der Frachtlohn zu zahlen ist, so genügt zur Begründung der Forderung des Schiffers auf solchen Frachtlohn der Beweis der Verladung des Frachtgutes) besagt auf das Unzweideutigste, daß, indem ipso iure der Versender das Periculum trägt (bei A. 1061), derselbe auch im Falle casueller Vereitelung des Transportes den Frachtlohn zu zahlen hat, eine Entscheidung, welche bei Beurtheilung dieser Stelle gänzlich übersehen worden ist von Mommsen, a. O. 382. Dahingegen gehört gar nicht hierher Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15, § 6), da hier, wie zum Ueberflusse noch Ulp. cit. (D. cit. fr. 13. § 1) bestätigt, gar kein Fall casueller Vereitelung der Solution vorliegt, was von Schilling, Inst. § 309 dd. Mommsen, a. O. 383 übersehen wird.

1. generischen Characters: gegeben in dem Satze, daß bei Debitum von res fungibiles solcher Casus ohne Einfluß auf die Schuldverbindlichkeit verbleibt;[1069]) und während nun nach diesem Satze das entsprechende Schuldverhältniß bei dos aestimata,[1070]) commodatum aestimatum,[1071]) instrumentum rusticum locatum aestimatum,[1072]) wie bei sogen. depositum irregulare[1073]) sich bestimmt, so wird andererseits davon wiederum abgewichen bei der emtio venditio auf Grund des ganz abnormen Lehrsatzes der Sabinianer, daß bei Verkauf von res fungibiles die Perfection des Vertrages sich hinausschiebe auf den Moment des admetiri, adpendere, adnumerare;[1074])

2. specifischer Beschaffenheit, zu Tage tretend bei

a. negot. gestio, dafern der gestor eine von den geschäftlichen Principien des dominus negotii in Bezug auf die Vermögens-Anlage abweichende Speculation unternimmt:

Proc. bei Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. III, 5, 11): interdum etiam casum praestare debere (sc. neg. gestorem), veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras, veluti venales novicios coëmendo vel aliquam negotiationem ineundo;

1069) Ulp. 32. ad Ed. (D. XIX, 3, 1. § 1), wozu vgl. Schilling, Inst. § 327 i. Eine Ausnahme ergiebt bei der societas, bedingt durch die Natur dieses Contractes, die datio rei aestimatae in commune: Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 52. § 3).

1070) Lab. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. §. 3) und bei Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIII, 3, 18); Gai. 11 ad Ed. prov. (D. XXIII, 3. 42); Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 10. pr. § 6); Paul. 8 Resp. (fr. Vat. 114); Diocl. im C. Just. V, 12, 10. Justin. das. V, 13, 1. § 9. Hierunter ordnet sich auch der Fall, wo der Ehemann über die Dotalforderung eine Novation eingeht: Ulp. 47 ad Sab. (D. XXIII, 3, 35) vgl. Arndts Pand. § 406 Anm. 4.

1071) Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 3).

1072) Paul. 5 Resp. (D. XIX, 2, 14. § 2).

1073) Ulp. 34 ad Sab. (D. XII, 1, 4. pr.), 26 ad Ed. (D. XII, 1, 9. § 9); Paul. 2 sent. rec. (Coll. X, 7, 9).

1074) Vgl. Schilling, Inst. § 291. t. u. Die Beschränkung, welche Mommsen, a. O. 340 aufstellt, daß jener Satz nur da Platz greife, wo die Ausscheidung des Kaufobjectes aus einer größeren, bestimmten Masse in Frage stehe, wird durch die Quellen widerlegt, so z. B. Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. pr.); vgl. § 123.

b. venditio in dem Falle, daß das Kaufobject confiscirt ward, wo, indem die normale Ordnung zu dem Ergebniß führen würde, daß die Confiscation nicht den venditor träfe, den sie gesetzlich treffen soll, sondern den unschuldigen Dritten: den emtor, zur Abwendung solchen Widerspruches das periculum dem venditor auferlegt wird, obwohl unter der Besonderheit, daß die a. ex emto nicht auf quanti interest, sondern nur auf quanto minoris est: auf den gezahlten Kaufpreis gegeben wird (§ 80 unter A 2 b):

Alf. 3 Dig. (A. 1078) bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33): si vendideris mihi fundumis que, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto;

Afric. in h. l.: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi;

c. contractus aestimatorius, dafern der die Sache Vertreibende durch seine Offerte den Inhaber zur Eingehung solchen Geschäftes erst bestimmt hat:

Lab. und Pomp. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 5, 17. § 1): si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditum[1075]) rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum;

Paul. sent. rec. II, 4, 4.

und gleichem Gesichtspunkte ordnet sich auch unter ein anderer Fall, wo jedoch mit dem contractus aestimatorius noch ein pactum de mutuo dando sich verbindet, bei

Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 11. pr.) und Nerv. das., sowie 34 ad Sab. (D. cit. 4. pr.), wozu vgl. Schilling, Inst. § 265 i;

d. locatio rei, insofern dann, wenn durch casus die res locata zu Grunde geht oder wesentlich deteriorirt[1076]) wird, der locator

---

1075) Die Flor. liest venditor, Hal. venditorem; Schilling, animadvers. crit. ad div. iur. Just. loc. I. Lips. 1841. p. 5 sq. emendirt: venditionem oder de venditione; wegen obiger Lesung s. A. 243. — In sachlicher Beziehung vgl. A. 1027. — Wegen Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. § 1) vgl. A. 1069.

1076) Alf. 2 Dig. (D. XIX, 2, 27. pr.)

nicht, wie normal, von seiner Verpflichtung zur Prästation des frui oder uti licere liberirt wird, als vielmehr verhaftet bleibt,[1077]) obwohl unter der Besonderheit, daß die a. conducti von dem normalen quanti interest auf das quanto minoris est (§ 80 unter A 2 c), somit auf Liberation oder Restitution der entsprechenden Quote des merces sich mindert:

Serv. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15. § 2): si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse; oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit; vgl. dens. bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.): si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitum est;

Alfen. 3 Dig. a Paul. epit. (D. XIX, 2, 30. pr. § 1): qui insulam XXX conduxerat, singula coenacula ita locavit, ut XL ex omnibus colligerentur; dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam; quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is, qui totam conduxerat, ex conducto ageret? Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitum esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari; sin autem non fuisset necesse domiliri, sed, quia melius aedificare

---

1077) Wenn Mommsen, a. O. 237. die Rechtsordnung statuirt: durch die casuelle Unmöglichkeit „wird das ganze obligatorische Verhältniß aufgehoben, so daß mit der Leistung auch die Gegenleistung wegfällt," so ist dies incorrect; vielmehr wird das Rechtsverhältniß nicht aufgehoben: es wird die a. conducti auf frui licere gegeben, wie Serv. und Alfen. besagen, nicht aber greift, wie nach Mommsen der Fall sein müßte, cond. caus. fin. Platz, wie solches Mela ausdrücklich bekundet, während bei Sev. und Car. (D. XIX, 2, 9. § 4): mercedes ut indebitas recuperabis nur breviloquenter Sprachgebrauch vorliegt. — Dahingegen ordnet sich gar nicht dem obigen Gesichtspunkte unter die Rechtsordnung vom Remiß bei loc. cond. praedii rustici, da hier weder eine durch Casus vereitelte vertragsmäßige Leistung, noch auch res non fungibilis in Frage steht: Serv. bei Ulp. 32 ad Ed. (D XIX, 2, 15. § 2); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. cit. fr. 25. § 6); Pap. 4 Resp. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. cit. fr. 15. § 4); Ulp. cit. (D. cit. § 7). Wegen der leitenden Gesichtspunkte für diese Besonderheiten s. § 123.

vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.

Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur; post tres menses incendio facto, respondit, posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret; 2 Dig. (D. cit. fr. 27. § 1);

Alf. 3 Dig. bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33):[1078]) si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes;

Mela bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 6): si quis, quum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumta sit, pensionem residui temporis ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum;

Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33. 35. pr.); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. cit. fr. 34. 25. § 2); Ulp. 32 ad Ed. (D. cit. fr. 15. § 7); Sev. und Car. bei Ulp. cit. (D. XIX, 2, 9. § 4. fr. 15. § 3); vgl. Car. im C. Just. IV, 65, 3;

e. contractus emphyteuticarius, wo nach Zeno im C. Just. IV, 66, 1., wozu vgl. J. Just. III, 24, 3 zwar in dem Falle des partiellen Unterganges oder der Deteriorirung des emphyteuticum die normale Ordnung Platz greift, daß, indem das periculum den Gläubiger (Emphyteuta) trifft, damit der Schuldner (dominus) von seiner Verpflichtung zur Prästation des Grundstückes liberirt wird, während der Emphyteuta zur Zahlung des vollen vectigal verpflichtet bleibt, dagegen in dem Falle des totalen Unterganges des Grundstückes zwar der dominus ebenfalls von seiner Pflicht zur

1078) Die nachstehende Passage enthält nicht eine Sentenz des Afric., was deutlichst erhellt aus dem nachfolgenden Satze: quemadmodum, inquit si etc.; vielmehr gehört dieselbe nach Afric. (D. cit. fr. 35. pr. § 1) einem Juristen an, welcher notae zum Serv. schrieb. Diesfalls aber kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die obige Passage ein Citat aus Alf. 3 Dig. enthält: Sanio, z. Gesch. d. röm. Rechtswissenschaft 74 fg.

Prästation desselben liberirt wird, der Emphyteuta aber nicht, wie normal, auf Zahlung des vectigal verhaftet bleibt, vielmehr von solcher frei wird;

f. depositum von baar Geld im Falle der Einräumung der Befugniß, dasselbe nach Belieben als Darlehn zu benutzen: Ulp. 34 ad Sab. (D. XII, 1, 4. pr.), wozu vgl. Schilling, Inst. § 274 l.

Sodann nun die Rechtsordnung, welche an jenes periculum apud aliquem esse angeknüpft ist, besteht in der Zuweisung des lucrum oder commodum oder praemium oder auch des quaestus oder compendium [1079]) d. h. der Bereicherung. Denn indem diese letztere nach Maaßgabe von § 69 das Resultat ist der Verbindung der einen Unterart des Gewinnes, nämlich des Erwerbes mit dem Vortheile, so wird nun, entsprechend der dort constatirten Freiheit des Sprachgebrauches der Quellen solche Bereicherung auch hier vertreten durch die Begriffe von lucrum, quaestus und commodum, wie auch von compendium und praemium. Und zwar wird darunter inbegriffen diejenige Bereicherung, welche mittelst der res debita vom Debitor gemacht ward, ohne demselben durch den Vertrag überwiesen zu sein, im Besonderen aber einestheils die zur res principalis debita hinzugetretene, aber ablösbare vortheilhafte omnis causa (A. 753), insoweit solche überhaupt zu selbstständiger Existenz gelangt d. h. nicht noch ein mit der ersteren zum einigen Ganzen verbundener Theil derselben ist, [1080]) somit fructus, [1081])

1079 Quaestus z. B.: Pomp. 11 ad Sab. (D. XIII, 6, 13. § 1); compendium z. B. Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 10. § 1).

1080) So die nicht separirten Früchte: Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 10). Ebenso wird die bezüglich des Preisaufschlages gültige Ordnung nicht durch den obigen Grundsatz, als vielmehr durch den Rechtssatz in § 72 unter 1 b bestimmt, obgleich sie auf jenen gestützt wird von Diocl. im C. Just. IV, 49, 12.

1081) Somit Früchte, so z. B. Pap. 3 Resp. (fr. Vat. 15), Diocl. im C. Just. IV, 49, 16. Zinsen: Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 8), Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 67. § 1), Erwerb durch den Sclaven, ausgenommen ex re possessoris: Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXIX, 2, 45. § 1), 30 Dig. (D. XXVIII, 5, 38. § 5); Marc. not. in Jul. cit. (D. cit. fr. 39); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 13. 18); Paul. sent. rec. II, 17, 7; Mieth- und Pachtgelder (s. A. 753): Pomp. 11 ad Sab. (D. XIII, 6, 13. § 1), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 13), welche beide Stellen Mommsen, Erörter. I, 132. 135 fg. unrichtig beurtheilt, da nicht a. neg. gest., sondern

wie accessiones im weiteren Sinne;[1082]) und anderentheils, im Falle der vom Debitor nicht vertretbaren Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution, der von demselben dabei mittelst der res debita gemachte Gewinn und zwar ebenso erworbene actiones poenales oder Strafgelder,[1083]) wie erworbene reipersecutorische Klagen oder deren Klagobject, so Schadenersatz, Kaufgelder oder dergl.[1084])

Solcher Grundsatz nun, daß der vom Schuldner mittelst der res debita erlangte, nicht vertragsmäßige Gewinn dann dem Gläubiger zu restituiren sei, wenn dieser selbst das Risico der durch casus oder resp. culpa levis des Schuldners herbeigeführten totalen oder partiellen Vereitelung der Solution zu tragen hat, findet seine Herrschaftssphäre in den bon. fid. negotia und in diesen wiederum ausschließlich, demgemäß nun die bon. fid. a. es

---

a. commodati und emti als Bereicherungsklagen in Frage stehen, und womit nicht in Widerspruch steht Ulp. cit. (D. cit. § 11), da hier die bis zum Kaufabschlusse erwachsenen Miethgelder besprochen sind; vgl. Arndts Pand. § 253. A 2. Glück, Pand. XVII, 196. A. 74.

1082) Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 10. § 1); insbesondere partus ancillae z. B. Lab. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. § 3) und bei Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIII, 3, 18); Paul. 8 Resp. (fr. Vat. 114), sent. rec. II, 17, 7; Alluvion: Paul. 5. 6 ad Sab. (D. XVIII, 6, 7. pr. XXIII, 3, 4), J. Just. III, 23, 3; thesaurus: Ulp. 31 ad Sab (D. XXIV 3, 7. § 12); pars adiudicata der res communis: Cels. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 17); Jul. bei Tryph. 11 Disp. (D. XXIII, 3, 78. § 4); Ulp. 20 ad Ed. (D. X, 3, 7. § 13); pars indebita: Gai. 3 ad Ed. prov. (D. III, 3, 46. § 4); Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 5, 8. § 1); Paul. 20 ad Ed. (D. III, 5, 23); erloschener Ususfruct des Dritten: Paul. 6 ad Sab. (D. XXIII, 3, 4).

1083) Ofil. bei Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 18. § 1); Nerat. 3 Membr. (D. XIX, 1, 31. pr.); Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XVIII, 6, 13) und bei Ulp. 29 ad Sab. (D. XLVII, 2, 14. pr.); Pap. 12 Quaest. (D. XLVII, 2, 80. pr.), Def. bei Justin. im Cod. VI, 2, 22. § 3; Ulp. 32. 71 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 12. XLIII, 24, 11 § 9); Paul. sent. rec. II, 31, 17; J. Just. III, 23, 3.

1084) Rei vindic. oder cond. furtiva oder deren Object: Jul. bei Ulp. 29 ad Sab. (D. XLVII, 2, 14. pr.); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 1, 35. § 4); J. Just. III, 23, 3. a. aqu. pluv. arc. oder damni inf. oder deren Object: Pomp. 20 ad Sab. (D. XXXIX, 3, 16); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 12); a. venditi oder Kaufgelder: Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 47); Paul. 31 ad Ed. (D. cit. fr. 2); adjudicirtes Aequivalent: Cels. 8 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 17); Ulp. 20 ad Ed. (D. X, 3, 7. § 13); Tryph. 15 Disp. (D. XXIII, 3, 78. § 4).

ist, welche die Function der bezüglichen Bereicherungsklage übernimmt.[1085]) Und in solcher Anwendung allein wird denn auch jener Satz in den Quellen als maaßgebend hingestellt, nämlich bei emtio vend. von Ner. 3 Membr. (D. XIX, 1, 31. pr.); Jul. bei Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 11. § 10) und 28 ad Sab. (D. XVIII, 2, 2. § 1); Ulp. 29 ad Sab. (D. XLVII, 2, 14. pr.), 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 11. § 9); Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 6, 7. pr.), 16 Quaest. (D. XVIII, 4, 21); J. Just. III, 23, 3. Alex. im C. Just. IV, 48, 1. Diocl. das. IV, 49, 12. vgl. Pomp. 9 ad Sab. (D, XIX, 1, 3. § 1); Pap. 27 Quaest. (D. XXII, 1, 4. § 1);

dos aestimata: Lab. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. § 3) und bei Pomp. 14 ad Sab, (D. XXIII, 3, 18); Paul. 8 Resp. (fr. Vat. 114); vgl. Proc. 8 Ep. (D. XXXI, 1, 48. pr.);

dos non aestimata: Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 10. § 1);

1085) Jener Grundsatz wird behandelt von Jhering, Abhandl. I, wie Mommsen, Erörter. I. Der Letztere gelangt zu verfehlten Ergebnissen ebenso bezüglich des Inhaltes, wie der Sphäre jenes Satzes, und zwar in Folge der beiden Fehler, daß zunächst jener Satz in eine quellenwidrige Beziehung gesetzt wird theils zu dem dinglichen Rechte (S. 98 fg. 108 A. 3. 112), theils zu den stricti iur. obligationes (S. 3. u. ö.), während doch derselbe von den Quellen durchaus nur auf die bon. fid. negotia beschränkt wird; und daß sodann die Beziehung desselben zu den bon. fid. negotia unrichtig beurtheilt wird in Folge des Irrthums, das Fideicommiß sei ein bon. fid. negotium (S. 28), während doch dasselbe stricti iur. ist: A. 1676. Dann wird S. 89 fg. der Grundsatz auf Rechtsverhältnisse bezogen, welche gar nicht diesem, als vielmehr dem Gesichtspunkte von § 82 unterfallen; und endlich S. 79 fg. 144 wird ganz außer Acht gelassen, wie doch der Moment, daß die Vereitelung der Solution nicht vom Debitor zu vertreten sei, wesentliche Voraussetzung der Geltung jenes Satzes ist. Das endlich, was Mommsen selbst an Stelle des obigen Satzes stellt, sind rein casuistische Regeln, die selbst mehrfach auf ganz unhaltbare Voraussetzungen gestützt werden; denn Nichts kann z. B. unwahrer sein, als der Ausspruch (S. 59): daß bei denjenigen Obligationen, welche auf Leistung eines dem Gläubiger bisher fremden Gegenstandes gerichtet sind, es so angesehen werde, als ob der geschuldete Gegenstand ihm schon gehöre: die a. emti hebt sich doch scharf genug von der rei vindicatio ab. — Der obige Grundsatz erleidet außerdem auch noch Anwendung auf die lex commissoria: Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XVIII, 3, 4. § 1).

vgl. Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXIX, 2, 45. § 1); Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIV, 3, 7. § 12);
societas: Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 67. § 1);
mandatum: Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 8);[1086])
commodatum: Pomp. 11 ad Sab. (D. XIII, 6, 13. § 1); Pap. Def. bei Justin. im Cod. VI, 2, 22. § 3;

und ebenso auch zur Anwendung gebracht bei depositum, pignus, wie neg. gestio.[1087])

Nach Alle dem aber regelt der Grundsatz: ubi periculum, ibi et lucrum collocatur den Sachverhalt, wo der Schuldner in einem bon. fid. negotium nach dessen Begründung mittelst der res debita einen nicht vertragsmäßigen Gewinn auf Unkosten des Gläubigers erlangte, und wo nun der dieselbe vermittelnde Rechtserwerbmodus in concreto um deßwillen einen zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrund für jene Bereicherung nicht ergiebt, vielmehr dieselbe als iniquitas qualificirt, weil in dem betreffenden Contracts- oder Quasicontractsverhältnisse das Risico der durch casus oder resp. auch culpa levis des Schuldners herbeigeführten totalen oder partiellen Vereitelung der Solution auf Grund der natura negotii dem Gläubiger zur Last fällt. Dagegen erleidet jener Satz auch bei bon. fid. negotia insoweit keine Anwendung auf die fructus, als solche durch Vertrag oder natura negotii dem das periculum nicht tragenden Theile besonders überwiesen sind, wie bei dos und locatio cond. rei.

Die Rechtsordnung endlich, welche mit jenem Thatbestande verknüpft ist, tendirt auf Beseitigung solcher iniquitas: die Bereicherung selbst wird dem jenes Risico tragenden Gläubiger zugesprochen. Und indem in solchem Falle die bon. fid. a. die Function solcher

---

1086) Vgl. auch Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 3): si procurator meus — pecuniam meam foenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus debere eum praestare quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi, sive non, quia bonae fidei congruit, ne de alieno lucrum sentiat.

1087) Depositum z. B. Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 24. 47); Paul. 31 ad Ed. (D. cit. fr. 2). Pignus z. B. Ulp. 30. 52 ad Ed. (D. XIII, 7, 22. § 2. XXXVI, 4, 5. § 21); Sev. und Car. im C. Just. IV, 24, 1. Alex. das. c. 2. 3. Diocl. das. c. 12. VIII, 25, 2. Negot. gestio z. B. Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 5, 8. § 1); Paul. 20 ad Ed. (D. III, 5, 23); Alex. im C. Just. III, 23, 3. Diocl. das. II, 19, 19.

Bereicherungsklage übernimmt, so gewinnt nun insoweit dieselbe die Richtung auf Restitution jener vom Schuldner erworbenen Bereicherung, sei dies im Wege der Tradition oder der Klag-Cession oder auch je nach Lage der Sache der Bestellung einer Caution (A. 1083. 1084), und dies zwar im Betrage des id quod pervenit (§ 81 unter II D c), wie dieses namentlich bekunden:

Cels. 8. Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 1); Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 47); Paul. 31 ad Ed. (D. cit. fr. 2).

§ 90.

Die bon. fid. actio als Organ der beiderseitigen Partei-Interessen.

Der dritte in § 82 dargelegte Untersatz der aequitas: das Verbot, daß aus der Geltendmachung eines Anspruches nicht eine iniquitas bezüglich des Mitinteressenten nach Maaßgabe der in § 80 und 81 gegebenen Untersätze, somit sei es eine ungerechtfertigte Schädigung des Letzteren, sei es eine ungerechtfertigte Bereicherung des Interessenten selbst resultire; das Postulat somit, daß nach dieser doppelten Richtung hin ebensowohl gegenüber dem geltend gemachten Anspruche der connexe Gegenanspruch des Mitinteressenten, als auch gegenüber dem Anspruche, wie dem Gegenanspruche das Interesse des anderen Theiles zu berücksichtigen und zu wahren sei, gewinnt seine vollkommenste und reinste, seine allseitige und durchgreifendste Ausprägung in der bon. fid. a., die so nun zum berufsmäßigen Organe jenes Untersatzes der aequitas sich erhebt:

Gai. III, 137: in his contractibus (sc. qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur; 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5 pr.): actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet; — — actiones — negotiorum gestorum, quibus aeque invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet.

Und zwar gewinnt hier solche Ordnung die characteristische Gestaltung, daß die Berücksichtigung und maaßgebende Anerkennung ebenso des connexen Gegenanspruches, wie des collidirenden Interesses des Mitpaciscenten dem officium iudicis inliege oder, was dasselbe besagt, unabhängig von einer speciell bezüglichen Clausel der Formula und insbesondere von einer exceptio, vielmehr pro iure zur judiziellen Geltung gelange. Und diese Ordnung nun ist es, welche die röm. Jurisprudenz in die Sentenzen kleidet: officio iudicis bonae fidei actionis exceptio continetur[1088]) oder bonae fidei iudicio exceptio inest[1089]) oder auch, daß ein Gegenanspruch oder Gegeninteresse ipso iure zur Geltung gelange.[1090]) Der obige Untersatz selbst aber der aequitas äußert nach § 82 in einer zwiefachen Richtung seine Wirksamkeit, dementsprechend nun auch jene ipso iure eintretende Geltung der bezüglichen Einrede eine zwiefältige Ausprägung bei der bon. fid. a. gewinnt, und zwar zuvörderst

I. dafern innerhalb des bon. fid. negotium zwei connexe Ansprüche nach Maßgabe der aequitas collidirend einander gegenüberstehen. Und dieses Verhältniß tritt wiederum in doppelter Gestaltung zu Tage, nämlich

A. als Einrede des gegnerischer Seits nicht erfüllten Contractes bei wesentlich zweiseitigen Obligationen, somit also im Falle der Collision von Haupt- mit Haupt-Anspruche, darauf beruhend, daß der Kläger die durch das Recht gesetzte successive

---

1088) Gai. IV, 63: quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur; Paul. 7 Resp. (fr. Vat. 94): doli mali exc. officio iudicis rei uxoriae continetur; vgl. Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. pr.); Paul. 9 ad Ed. (D. III, 5, 7), wie auch Pomp. 5 ad Sab. (D. XXVII, 3, 3).

1089) Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 5): hoc iudicium bonae fidei est et continet in se doli mali exceptionem, und bei Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 5, 3): bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt; Ulp. 3 Disp. (D. XXIV, 3, 21): doli exceptio inest in bonae fidei iudiciis; 4 ad Ed. (II, 14, 7. § 6): bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt.

1090) So die Mehrzahl der obigen Citate. Besonders characteristisch sind Jav. 15 ex Cass. (D. XLVII, 2, 71. pr.) und Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XIX, 1, 26); dann auch Paul. 3 ad Plaut. (D. X, 3, 14. § 1) in A. 998.

Aufeinanderfolge der beiden Leistungen mißachtete,[1091]) resp. nach späterem Rechte mit seiner Klage nicht das Erbieten zur Erfüllung der ihm selbst obliegenden späteren Leistung verband,[1092]) und wo nun defensio ipso iure Platz griff (Beil. XXI A. 93), woneben die spätere Zeit ersteren Falles eine exc. mercis non traditae, letzteren Falles aber exc. doli stellte.[1093])

B. als Einrede der Compensation, somit der Anforderung auf processualische Berücksichtigung des dem Klaganspruche entgegenstehenden geeigneten Nebenanspruches des Beklagten. Und zwar stützt sich solche Qualification der Gegenforderung, nach Maaßgabe der aequitas innerhalb der bon. fid. a. ipso iure zur Geltung zu kommen, darauf, daß dieselbe innerhalb des dem Klaganspruche zu Grunde liegenden bon. fid. negotium auf der Grundlage eines der Rechtssätze beruht, welche die aequitas selbst in Repression der ungerechtfertigten Schädigung, wie Bereicherung nach Maaßgabe von § 80 und 81 aufgestellt hat, demgemäß nun daraus für solche Gegenerforderung ohne Weiteres die drei Merkmale sich ergeben: der Begründung derselben durch einen jener Rechtssätze der aequitas, des Zusammentreffens sodann mit der Vorforderung innerhalb des bon. fid. negotium und der Connexität endlich der beiden gegenüberstehenden Forderungen. Und indem solche Compensation der aequitas wiederum in der dreifachen Constellation auftritt: theils als compensatio culpae, theils als compensatio debiti, und diesfalls wiederum als Compensation theils des eigenen damnum, theils des gegnerischen lucrum mit dem debitum, so wird nun in solcher Beziehung jene Rechtsordnung der ipso iure zukommenden processualischen Geltung bezüglich der Compensation im Allgemeinen bekundet durch

---

1091) In Frage kommen nur emtio vend. und locatio cond., wo nun res oder operae die Vorleistung, pretium oder merces die Nachleistung bilden: Varr. RR. II, 2, 6. Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 24. § 2); vgl. A. 1093. 1394.

1092) Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 8), Paul. 5 Quaest (D. XXI, 1, 57 pr.). Hier tritt dann neben emtio vend. und locatio cond. noch die societas.

1093) Jul. 54 Dig. (D. XIX, 1, 25); Gai. IV, 126a; Paul. 71 ad Ed. (D. XLIV, 4, 5. § 4). — Carac. im C. Just. VIII, 45, 5. Vgl. Arndts, Pand. § 234, 2. Keller, Civ. Pr. A. 423. Im Allgemeinen s. A. 1562.

J. Just. IV, 6, 30: in bonae fidei — iudiciis libera potetestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat; § 39: compensationes quoque oppositae plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur; namque ex bono et aequo habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare licet; vgl. Gai. IV, 61;

Gai. IV, 63: iudici tamen horum iudiciorum compensationis rationem habere non ipsis formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur; vgl. Cic. Top. 17, 66;

sowie in ihrer Extension auf den fideiussor von

Nerat. und Pomp. bei Paul. 3 ad Sab. (D. XVI, 2, 4): ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest; sicut enim quum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest; vgl. A. 1606.

Im Besonderen aber wird solche Ordnung bestätigt bezüglich der compensatio culpae von

Ulp. 63 ad Ed. (D. XVI, 2, 10. pr.): si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos, ipso iure compensatione negligentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem; vgl. 30 ad Ed. (D. XIII, 7, 22. § 4); Paul. 5 ad Plaut. (D. XVIII, 1, 57. § 3);

sodann bezüglich der Compensation des damnum mit dem eigenem debitum bei Gegenanspruch wegen mora accipiendi von Marcell. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. pr. s. § 86 unter I B 1a); oder bei Gegenanspruch wegen der im Falle der mora solvendi anderwärts als am vereinbarten Solutionsorte erhobenen Klage von Ulp. 28 ad

Ed. (D. XIII, 6, 5. pr. s. § 86 unter I A 5), und bei Gegenanspruch wegen Eviction von res dotalis aestimata von Paul. 7 Resp. (fr. Vat. 94 s. A. 1038);

endlich bezüglich der Compensation des vom Gegner zu restituirenden lucrum mit dem eigenem debitum: bei Gegenanspruch wegen Bereicherung durch Erwerb mit vitiöser causa, so mit finita causa von Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XIX, 1, 28), mit falsa causa von Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 5. s. A. 1039)[1094]) oder mit furtiva causa von Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 30. pr.); ingleichen bei Gegenanspruch wegen impensae necessariae, insofern solche verwendet sind auf das zu restituirende lucrum von Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 9); Jul. 8 Dig. (D. X, 2, 51. pr.); Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIV, 3, 7. pr.); Diocl. im C. Just. VII, 51, 1, oder auf die zu restituirende res principalis,[1095]) so z. B. von Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 9); Jul. 3 ex Min. (D. XLVII, 2, 59); Pomp. 35 ad Sab. (D. XIII, 7, 8. pr.); Paul. 5 ad Sab. (D. XLVII, 2, 15. § 2), 3 ad Plaut. (D. X, 3, 14. § 1); Diocl. im C. Just. IV, 35, 11. vgl. § 91.

Im Uebrigen aber tritt innerhalb solcher Ordnung das höchst beachtenswerthe Gesetz zu Tage, daß jene ipso iure zur processualischen Geltung kommende Compensation der aequitas nur inso-

1094) So ist auch zu verstehen, wenn Paul. 3 ad Sab. (D. XIX, 1, 5. § 1) u. A. von exc. doli mali sprechen.

1095) Wegen der impensae auf die zu restituirenden fructus vgl. A. 1661. — Gegenforderungen wegen impensae utiles und voluptuariae auf die res debita gelangen nicht ipso iure, sondern ebensowohl nur ope exceptionis, als auch nur auf Grund speciellen Rechtstitels: Mandat oder negot. gestio zur Geltung, so bei a. mandati: Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 10), Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 3. § 4); bei a. locati: Scaev. 7 Dig. (D. XIX, 2, 61. pr.); bei a. rei uxoriae: Ulp. 36 ad Sab. (D. XXV, 1, 7. § 1. fr. 9.), Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 1, 8); Marc. 3 Reg. (D. XXXIII, 4, 5); Justin. im Cod. V, 13, 1. § 5. vgl. Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 4), Marcell. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 4); vgl. § 182. A. 1049. Und Gleiches gilt von den Impensen, welche nicht auf die res debita, doch aber im anderweiten Interesse des Gläubigers aufgewendet sind: Ulp. 3 Disp. (D. XXIV, 3, 21), wozu vgl. 36 ad Sab. (D. XXV, 1, 1. § 2. fr. 5. pr.). Hier allenthalben fehlt somit die eadem causa und also auch die Connexität: § 81.

weit Platz greift, als die Verwendung der bon. fid. a. als Schäden- oder als Bereicherungs-Klage nach Maaßgabe von § 86—89 reicht. Denn wenn auch dieses Gesetz innerhalb der Sphäre der ungerechtfertigten Vermögensschädigung in seiner Geltung verdeckt wird durch den Umstand, daß für alle Fälle solcher durch die aequitas reprimirten Schädigung (§ 80) zugleich die bon. fid. a. die Function einer entsprechenden Schädenklage übernimmt (§ 86. 87), somit aber auch in allen jenen Fällen jene Compensation ipso iure Platz greift, so gewinnt doch jenes Gesetz seine durchaus prägnante Ausprägung innerhalb der Sphäre der ungerechtfertigten Bereicherung, indem es hier eine wesentliche Beschränkung der Sphäre der Compensation ipso iure ergiebt; denn indem gegenüber den zahlreichen Fällen der durch die aequitas reprimirten Bereicherung (§ 81) nur bei einer geringeren Anzahl derselben die bon. fid. a. die Function der Bereicherungsklage übernimmt (§ 88. 89), bei den übrigen Fällen dagegen nur durch Specialklagen, nicht aber durch bon. fid. a. die Wiederaufhebung der Bereicherung vermittelt wird (§ 91 fg.), so greift nun innerhalb dieser letzteren Sphäre, insoweit dabei nach der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses an sich überhaupt ein connexer Gegenanspruch möglich ist, nicht die Compensation ipso iure Platz, als vielmehr es vermittelt sich insoweit die Compensation, entsprechend wie bei der Vindication mittelst formula petitoria (A. 998), durch das Rechtsmittel der exc. doli mali. Dies aber wird bekundet bezüglich der Bereicherung des Pupillen oder furiosus durch ein von denselben ohne Mitwirkung des Tutor oder Curator abgeschlossenes Rechtsgeschäft (§ 91):

Gai. II, 84: si debitor pecuniam pupillo solvat (sc. sine tutore auctore), — — si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoveri potest;

Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 4); Paul. 6 Sab. (D. XLVI, 3, 15); Hermog. 6 Jur. ep. (D. XLIV, 4, 16); J. Just. II, 8, 2. Theoph. in h. l.;

ingleichen für die Bereicherung des Bevormundeten durch ein vom Tutor oder Curator dolo malo abgeschlossenes Rechtsgeschäft (§ 92 unter II D):

Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 23. 25): illa etiam quaestio

ventilata est apud plerosque, an de dolo tutoris exceptio pupillo experienti nocere debeat. Et ego puto utilius, et si per eas personas pupillis favetur, tamen dicendum esse sive quis emerit a tutore rem pupilli, sive contractum sit cum eo in rem pupilli, sive dolo quid tutor fecerit et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debere. — — Eadem in curatore quoque furiosi dicenda erunt, sed et in prodigi vel minoris XXV annis;

wie nicht minder für die Bereicherung des Gewalthabers durch ein mit einer versio in rem domini verbundenes (§ 91) oder dolo malo abgeschlossenes (§ 92 unter II B) Rechtsgeschäft des Gewaltuntergebenen.[1095a])

II. Sodann gewinnt jene Ordnung, daß die Einrede ipso iure zur Geltung gelangt, ihre Ausprägung in dem Falle, daß die Geltendmachung an sich eines gegebenen Anspruches aus einem bon. fid. negotium eine ungerechtfertigte Bereicherung des Betreffenden auf Unkosten des anderen Theiles oder eine ungerechtfertigte Schädigung des letzteren nach Maaßgabe der Sätze in § 80 und 81 involviren würde, somit aber innerhalb des nämlichen Rechtsanspruches, sei dies Vor-, sei es Gegenanspruch die Interessen der beiden Parteien auf Grund der aequitas collidirend einander gegenübertreten:

Gai. III, 137: in his contractibus (sc. qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet;

Inst. Just. III, 24, 5: conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare.

Im Besonderen aber, dafern jener der aequitas widerstreitende Effect des erhobenen Anspruches ein gegenwärtiger ist d. h. sofort mit dessen Erfüllung eintreten würde, wird solcher Anspruch selbst als nicht rechtbeständig, sei es als rescissibel, sei

1095a) Vgl. Proc. bei Paul. 30 ad Ed. (D. XIV, 3, 17. § 4), sowie anderntheils Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 17): in hac. exceptione (sc. doli mali) — excipere possumus et de eorum dolo, quibus aequiritur (sc. per eorum iuri subiectas personas).

es als nichtig behandelt und die Geltendmachung dieser Einrede, entsprechend dem obigen Gesetze, ipso iure dem Bedrohten nachgelassen. Demgemäß greift daher solche ipso iure zur Geltung kommende Rescissibilität Platz, dafern durch vis[1096]) oder dolus malus[1097]) der erhobene Anspruch begründet ward, wohingegen in gleicher Maaße Nullität eintritt, dafern solcher Anspruch durch Benützung des relevanten: des tolerabelen, schädigenden, wie wesentlichen Irrthums in der Willensbestimmung des Mitcontrahenten begründet wird, eines Irrthums somit, der, ohne Dissens zu erzeugen, einen wesentlichen thatbeständlichen Moment betrifft und so nun entweder error in corpore des Mitcontrahenten oder der res principalis oder error in substantia oder in sexu des Sclaven insbesondere ist;[1098]) dann wiederum, dafern solcher Anspruch auf eine Präſtation sich richtet, von welcher nach Maaßgabe der Rechtssätze in § 86—89 der Verpflichtete liberirt worden ist, so z. B. bei mora accipiendi[1099]) oder bei nicht vertretbarer Vereitelung der Solution.[1100]) Und so greift solche iso iure zur

---

1096) Sev. im C. Greg. II, 1: ea, quae per vim et metum gesta sunt, — irrita esse; Carac. das. c. 2; Alex im C. Just. IV, 44, 1: si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est: malae fidei enim emtio irrita est; Diocl. das. c. 8.

1097) Diocl. im C. Just. IV, 44, 5: si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse praeses provinciae aditus animadverterit, sciens contrarium esse dolum bonae fidei, quae in huiusmodi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem iubebit; und das. c. 8. Dann in gleichem Sinne Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 16. § 1): si — circumscriptus societatem coierit, — nullam esse societatem, und bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 3. § 3), sowie Jul. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. pr.): nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est; vgl. A. 205. Andererseits wiederum Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 5): si quis fugitivum esse sciens emerit servum, — ex emto actionem non haberet, und Licin. Ruf. 8 Reg. (D. XVIII, 1, 70), J. Just. III, 23, 5. Endlich auch Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 24. pr.) in A. 937. Vgl. Burchardi, Wiedereinsetzung 335 fg. Vangerow, Pand. III, 605. A. 1. Windscheid, Pand. § 79, 6.

1098) Vgl. Voigt im Arch. f. civil. Prax. LIV, 214 fg.

1099) Marcell. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. pr.): si servus erat in dote eumque obtulit maritus et is servus decessit aut numos obtulit eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso iure desinet teneri.

1100) Alex. im C. Just. IV, 24, 6: quae fortuitis casibus accidunt, quum praevideri non potuerant, — nullo bonae fidei iudicio praestantur

Geltung kommende Nullität auch auf Grund des Gesichtspunktes der vitiösen secundären causa der intendirten Solution Platz und zwar ebensowohl der causa finita, insoweit als der Berechtigte die materielle Befriedigung wegen seines Forderungsrechtes bereits erlangt hat, gleichwohl aber mittelst concurrirender Klage noch Anspruch auf Solution erhebt, und wo nun solche Klagenconcurrenz nach Maaßgabe des Grundsatzes geregelt wird:

Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur: Gai. 18 ad Ed. prov. (D. L, 17, 57); vgl. Jul. 56 Dig. (D. XLVI, 8, 22. § 6): ne bis eadem praestet,[1101])

nicht minder aber auch, dafern der Klaganspruch auf falsa[1102]) oder iniusta[1103]) oder turpis causa[1104]) beruht.

---

et ideo creditor pignora, quae huiusmodi casu interierunt, praestare non compellitur.

1101) So im Einzelnen: Jav. 15 ex Cass. (D. XLVII, 2, 71. pr.): si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest; et si furti actum est, commodati actio extinguitur, si commodati, actioni furti exceptio obiicitur; Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XIX, 1, 28): praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem, quod si non fecissem, poenam promisi. Respondit: — — si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris, nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri; Ulp. 30 ad Sab. (D. XVII, 2, 47. pr.): si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit; Paul. de Conc. Act. (D. XLIV, 7, 34. § 1). Dagegen bei Ulp. 43 ad Sab. (D. XII, 6, 23. § 3): si quis post transactionem nihilo minus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet; potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, volenti litem contestari opponere doli exceptionem; sed si post litem contestatam transactum est, nihilo minus poterit exceptione doli uti post secuti ist exc. doli statuirt, weil die Sentenz, generell gehalten ist; allein insoweit bon. fid. a. in Frage steht, greift defensio ipso iure Platz. Das Herbeiziehen des Principes der processſ. Consumtion für Beurtheilung obiger Stellen bei Buchka, Einfl. des Proz. I § 3 halte ich für verfehlt: theils für unfruchtbar, theils für falsch: denn wie soll z. B. bei Jav. cit. die a. furti res iudicata für die a. commodati ergeben, da doch eadem questio sicher nicht vorliegt: A. 1698. Im Uebrigen vgl. A. 1668. 1699.

1102) Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 5): qui servum testamento sibi legatum ignorans eum sibi legatum ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem; und ebenso bei Paul. 3 ad Sab. (D. XIX, 1, 5. § 1); si falso existimans (sc.

Insoweit dagegen der geltend gemachte Anspruch erst in der Zukunft mit einer der aequitas widerstreitenden Verletzung den Mitinteressenten bedroht, wird zu Gunsten des Letzteren nach Maaßgabe von § 82 unter II 2 dem Gegner eine stipulatio iudicialis auferlegt:

Paul. 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 38. pr.): pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futurum damno vel lucro pendenti ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt, velut pro socio, negotiorum gestorum, tutelae, sive specialia, veluti mandati, commodati, depositi;

vgl. Pap. 11 Quaest. (D. V, 1, 41), sowie Schilling, Inst. § 256 f.

§ 91.

C. Die Specialklagen wegen der anderweiten Fälle einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Die actio de in rem verso und utilis ex contractu vel quasi auf quanto locupletior factus est.

Der nach § 81 von der aequitas reprobirte Thatbestand der Bereicherung durch ein an und für sich nicht rechtsverbindliches

heres) se damnatum vendere vendiderit dicendum est agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest, wo exc. doli nicht im processualischen Sinne steht. Endlich auch Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XXI, 2, 37. § 2): si simplam pro dupla per errorem stipulatus sit emtor, re evicta consecuturum eum ex emto quanto minus stipulatus sit, wo omissio ex falsa causa (s. Voigt, Cond. ob caus. 399 fg.), somit Thatbestand der cond. indebiti vorliegt und wo nun eine zwiefache theoretische Ordnung sich verwirklicht: einmal nämlich indem die omissio als nicht rechtsbeständig behandelt und rescindirt wird: und insofern subsumirt sich diese Ordnung dem hier maaßgebenden Gesichtspunkte; und sodann indem die Modalität solcher Rescission die ist, daß die omittirte Stipulation als geleistet behandelt und entsprechende Klage auf promittenda ertheilt wird, so verwirklicht sich zugleich die in § 81 maaßgebende Ordnung der Restitution der Bereicherung.

1103) So z. B. Ulp. 40 ad Ed. (D. XXVI, 8, 5. § 3).

1104) Pap. 28 Quaest. (D. XXII, 1, 5); Ulp. 30. 31 ad Ed. (D. XVI, 1. § 7. XVII, 1, 12 § 11).

negotium umfaßt zunächst die beiden Fälle der Bereicherung einestheils des Gewalthabers durch ein ohne iussus, wie außerhalb der Sphäre der administratio peculii von dem Gewaltuntergebenen, wie anderntheils des Pupillen oder furiosus durch ein von demselben ohne Concurrenz des Tutor oder Curator abgeschlossenes negotium.[1105]) Und indem aus solchem Thatbestande für den Bereicherten die Verpflichtung zur Restitution der ungerechtfertigten Bereicherung erwächst, so dienen nun als die bezüglichen Rechtsmittel die betreffenden Contracts- oder Quasicontracts-Klagen mit gewissen technischen Modificationen und zwar dort als a. de in rem verso, hier als a. utilis schlechthin. Und zwar gewinnt solche Eigenthümlichkeit der ersteren Klage ihre processualische Ausprägung theils durch die subjective Umstellung in der formula,[1106]) theils durch die taxatio auf „dumtaxat quod in rem Num. Negidii versum est“ und resp.: „praeterea et si quid dolo malo Num. Negidii captus fraudatusque Aul. Agerius est“ (§ 81 unter II B, sowie Beil. XX A. 28), wogegen die letztere Klage, abgesehen von der bezüglichen Formulirung der demonstratio, durch die taxatio sich characterisirt auf: „dumtaxat quanto Num. Negidius locupletior factus est“ (§ 81 unter I A). Im Uebrigen aber ward die Bereicherung bei der ersteren Klage nach dem Maaßstabe des id quod pervenit,[1107]) bei der letzteren Klage nach dem Maaßstabe des quanto locupletior factus est bemessen, so daß zwar bei letzterer, nicht aber bei ersterer Klage der spätere Verlust der Bereicherung bis zu der Lit. Cont. relevant ist d. h. das Restitutionsobject mindert (§ 81).

1105) Dem steht gleich die Richtigkeit der vom Tutor wirklich interponirten auctoritas: Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVI, 8, 1. pr.), wie der Fall der Bereicherung durch das von dem ohne tutor. auctoritas eingesetzten institor abgeschlossene Rechtsgeschäft: Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XV, 3, 10). Vgl. über solche Klage Heimbach, Creditum 190 fg. Vangerow, Pand. I, 592 fg. Puchta, Pand. § 237 h. Sell, Vers. I, 50 fg.

1106) Keller, Civ. Pr. § 32. Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 3. § 1. 2).

1107) Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIV, 5, 1) characterisirt diese Richtung als: in quantum ex bono et aequo res patitur. — Löwenfeld, Die selbstständige a. de in rem verso, 37. 42, den Charakter als Bereicherungsklage leugnend, tritt dadurch in Widerspruch theils mit sich selbst: S. 47, theils mit den Quellen: Jav. 12 ex Cass. (D. XV, 3, 2), Pomp. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. cit. 10. § 7), Ulp. cit. (D. cit. 3. § 2) u. a., theils mit der obigen Klagclausel.

Sodann tritt hierzu noch als dritter Fall die Bereicherung vom Peculium des unmündigen Gewaltuntergebenen durch ein von demselben abgeschlossenes negotium, wo nun die Verhaftung des Gewalthabers mit der a. de peculio, entsprechend wie die des Pupillen, auf das Maaß des quanto locupletius factum est peculium sich verringert,[1108] solche Besonderheit aber eine eigene jurisdictionelle Ausprägung nicht erfährt.

Demnach prägt in allen drei Klagen übereinstimmend der Grundgedanke sich aus, daß das locupletiorem factum esse cum damno alterius das an sich nicht rechtsverbindliche negotium für den Bereicherten bis zu dem Maaße der dadurch erlangten Bereicherung rechtsverbindlich macht, und zwar unter der Modalität, daß normaler Weise die betreffende directa actio in eine utilis sich verwandelt.

Die Bereicherung an sich aber wird bezüglich der a. de in rem verso in verschiedener Maaße von der römischen Jurisprudenz bestimmt: denn die eine und zwar die ältere Lehrmeinung stützt dieselbe auf den nämlichen Thatbestand, wie bei der Bereicherung durch Impensen (s. A. 1049. 1095): nur die nothwendige, nicht auch die nützliche Verwendung wird als Bereicherung anerkannt:

Gai. IV, 73 (J. Just. IV, 7, 4): in rem — patris dominive versum intellegitur quidquid necessario in rem eius impenderit filius servusve;

dagegen eine jüngere Lehrmeinung erkannte auch die nützliche Verwendung als Bereicherung an:

Pomp. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 5. pr.); Ulp. cit. (D. XV, 3, 3. § 2. 4. fr. 5. § 2).

Insbesondere aber in dem Falle, daß durch einen vom Ge-

1108) Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 1. § 4): si cum impubere filio familias vel servo contractum sit, ita dabitur in dominum vel patrem de peculio, si locupletius eorum peculium factum est. Dahingegen bei Diocl. im C. Just. IV, 26, 11: cum ancilla contrahenti — adversus dominum in quantum locupletius eius peculium factum est — dandam actionem non ambigitur ist gewiß nur eine negligente Ausdrucksweise (A. 923), nicht aber eine gleiche Beschränkung der a. de peculio anzunehmen, da selbst bei den in tutela mulierum stehenden Frauen die Beschränkung der Klage auf quanto locupletior facta est nicht Platz greift.

waltuntergebenen abgeschlossenen Kauf der Gewalthaber bereichert ward, wird von jener älteren Lehrmeinung bei Differenz zwischen dem Markt- und Kaufpreise des verwendeten Objectes der niedrigere von beiden als Quantum der Bereicherung anerkannt:

Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XV, 3, 12): si fundum patri dominove emit servus vel filius familias, versum quidem esse videtur, ita tamen ut sive minoris sit, quam est emtus, tantum videatur in rem versum, quanti dignus sit, sive pluris sit, non plus videatur in rem versum, quam emtus est;

wohingegen jene jüngere Lehrmeinung bei res necessaria den Kaufpreis, und bei res utilis den Marktpreis (A. 763) als Bereicherung setzte:

Pomp. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 5. pr.): si res domino non necessarias emerit servus quasi domino necessarias, veluti servos, hactenus videri in rem eius versum, quatenus servorum verum pretium facit, quum, si necessarias emisset, in solidum quanto venissent teneretur;

insgesammt Momente, welche um so gewichtvoller sind, als sie in directem Gegensatze zu den allgemeinen leitenden Tendenzen der betreffenden Zeitperiode stehen (A. 1750).

Im Uebrigen aber bleibt die Verschiedenheit des die Bereicherung vermittelnden negotium je als bon. fid. oder strict. iur. negotium oder auch je als solenner oder unsolenner Rechtsact ohne Einfluß auf die obigen Klagen, bedingt dadurch, daß pupillus, wie furiosus, filius familias, wie servus die volle Handlungsfähigkeit besitzen, abgesehen, was die letzteren betrifft, von der leg. a. und in iure cessio. Demgemäß wird daher die a. de in rem verso, wie die a. utilis wider den Pupillen oder furiosus begründet nicht allein durch das von dem Betreffenden abgeschlossene bon. fid. negotium, sondern auch durch das stricti iuris negotium, so durch mutui datio:

Gai. IV, 73 (J. Just. IV, 7, 4); Scaev. 1 Resp. (D. XV, 3, 20); Afric. 8 Quaest. (D. cit. 17. pr.); Ulp. 29. 40 ad Ed. (D. cit. 3. pr. § 1. 3. fg. fr. 7. § 5. fr. 10. § 7. XXVI, 8, 5. pr.); Paul. sent. rec. II, 9, 1. 30 ad Ed. (D. XV, 3, 8); Carac. im C. Just. IV, 26, 3. Diocl. das. c. 7. pr.

wie durch Stipulation:

Marc. 5 Dig. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 10. § 5); Pap. 9 Quaest. das. (D. cit. 10. § 2); Ulp. 29, 40 ad Ed. (D. cit. 10. pr. XXVI, 8, 5. pr.), 1 ad Sab. (D. cit. 1. pr.).

§ 92.

Die Klagen aus Delicten auf id quod pervenit und quanto locupletior factus est.

Die Bereicherungs-Klagen aus delictischen Vorgängen lassen je nach der Person des Verhafteten drei verschiedene Gruppen unterscheiden: Klagen wider den Delinquenten selbst, wider den Erben oder Repräsentirten des Delinquenten, und wider den unbetheiligten Dritten. Während nun diese letzteren Klagen gleich als isolirte Ausnahmen auftreten, eine nur subsidiäre Function versehen, dabei aber als actiones directae sich characterisiren, walten die entgegengesetzten Verhältnisse bezüglich der ersten beiden Gruppen ob: hier ist es eine generelle Rechtsordnung, welche zur Geltung kommt und deren Durchführung durch actiones utiles: durch a. utilis oder interdictum utile oder a. in factum vermittelt wird, die selbst wieder in drei Gruppen zerfallen: theils nämlich Delicts-Klagen aus Civilrechtsdelicten, mit Einschluß der a. doli und quod met. c., wie der bon. fid. actiones in Function dieser beiden Klagen; theils sodann Klagen aus Civilproceßdelicten; theils endlich Klagen aus Quasicontracten delictischer Natur. Und alle diese Klagen nehmen nun übereinstimmend die taxatio in sich auf: „dumtaxat quantum ad Num. Negidium pervenit dolove malo Num. Negidii factum est, quominus ad eum perveniat," mit alleiniger Ausnahme der Klage wider den Pupillen oder furiosus wegen Bereicherung aus Delict des Tutor oder Curator, welche übereinstimmend mit der Klage wider Pupillen oder furiosus wegen Bereicherung durch ein ohne Concurrenz des Tutor oder Curator eingegangenes Rechtsverhältniß (§ 91) die taxatio führt: „dumtaxat quanto Num. Negidius locupletior factus est." Allein andrerseits hat wiederum die Rechtswissenschaft allen diesen Klagen gemeinsam die Richtung auf das quanto locupletior factus est beigemessen, mit alleiniger Ausnahme der a. utilis wider den Gewalthaber wegen Bereicherung aus Delict

des Gewaltuntergebenen, welche, im Parallelismus stehend mit der a. de in rem verso, gleich dieser (§ 91) auf das id quod pervenit sich richtet.

Was nun jene drei Classen von Klagen im Besonderen betrifft, so greift

I. wider den Delinquenten selbst nach Ablauf der Verjährungszeit an Stelle der a. directa eine actio utilis auf Restitution der durch das Delict erlangten Bereicherung[1109]) Platz, welche die taxatio „Dumtaxat quantum ad Num. Negidium pervenit dolove malo Num. Negidii factum est, quominus ad eum perveniat" in sich aufnimmt (§ 81 unter A 1), von der Rechtstheorie aber auf das quanto locupletior factus est beschränkt wird (§ 81 unter I B 1). Und zwar greift solche Ordnung Platz bei den Interdicten im Allgemeinen:

Sab. bei Paul. 67 ad Ed. (D. XLIII, 1, 4): ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum iudicium dandum; vgl. Cass. bei Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.),

dementsprechend im Besonderen als solche actiones utiles bekundet werden

die dem interd. Unde vi parallele a. in factum: Edict in Dig. XLIII, 16, 1. pr. Diocl. in fr. Vat. 312; sowie

die dem interd. fraudatorium parallele a. in factum:[1110]) Edict nach Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 24.).

Und als gleiche a. utilis wird überdem bezeugt die a. de dolo (vgl. A. 899): Gai. 4 ad Ed, prov. (D. IV, 3, 28).

Dagegen in den übrigen Fällen honorarischer Delictsklagen greift nicht a. utilis, sondern directa, und nicht mit obiger taxatio auf id quod pervenit, sondern ohne Weiteres auf simplum concipirt, und somit auch nicht auf quanto locupletior factus est sich richtend Platz,[1111]) und so zwar

---

1109) Vgl. Sell, Versuche I, 62 fg.

1110) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 744. Die obige Extension solcher Klage war, wie Ulp. cit. andeutet, im Edicte selbst proponirt; vgl. unter II A 1 b.

1111) Nicht genügend würdigt die obige Verschiedenheit Keller, Civ. Pr. § 93.

a. de pecunia calumniae causa accepta: Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 6, 1. pr.);

a. vi bon. raptorum: Edict in Dig. XLVII, 8, 2. pr. (Hal.); Gai. III, 209. Diocl. im C. Just. III, 41, 4.

a. bon. raptorum ex incendio, ruina, naufragio: Edict in Dig. XLVII, 9, 1. pr.

a. vi bon. ademtorum adversus publicanos: Edict in Dig. XXXIX, 4, 1. pr.

a. damni dolo malo facti in turba: Edict in Dig. XLVII, 8, 4. pr.

Und diesen Delictsklagen wird auch gleichgestellt die

a. quod met. c.: Edict nach Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 1); Gord. im C. Just. II, 20, 4.

II. Die Klage wider den Erben oder Repräsentirten auf Restitution der durch Delict des Erblassers oder des Repräsentanten erlangten Bereicherung umfaßt folgende besondere Vorkommnisse:

A. Bereicherung des Erben durch Erbanfall des vom Erblasser auf delictischem Wege Erlangten,[112]) welchenfalls nun wider den Ersteren reipersecutorische Klage mit gleicher taxatio wie unter I gegeben wird (§ 81 unter A 2 a), der indeß von der Rechtstheorie ebenfalls die Beschränkung auf das quanto locupletior factus est untergelegt wird (§ 81 unter I B 2 a):

Pomp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 38): sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quidem ex ea re ad eum pervenisset;

Diocl. im C. Just. IV, 17, 1. Aurel. im C. Herm. II, 1.

Im Einzelnen aber sind die Klagen, welche in solcher Richtung wider den Erben verwendet werden, lediglich honorarische actiones mixtae:

Paul. 1 ad Ed. Praet. (D. XLIV, 7, 35. pr.): in honorariis

---

112) Vgl. Francke, Beitr. I. Savigny, Syst. V, 46 fg. Puchta, Pand. § 88 g. 279. g. h. Arndts, Pand. § 104, 2. Sell, a. O. 162 fg. Witte, Bereicherungsklage 317 fg. Die Bemerkung Savignys 49 fg., daß diese Beschränkung der Haftung des Erben den Gläubiger benachtheilige und somit die aequitas in eine iniquitas umschlägt, findet in dem Historischen keine Basis: a priori haftet der Erbe gar nicht und die dennoch durchgesetzte beschränkte Haftung ist ein von jedem inneren Widerspruch freies Werk der aequitas.

actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, cetera intra annum. Honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto Unde vi et similibus[1113]).

In solcher Extension aber werden folgende Klagen bekundet:

1. Die honorarischen Delictsklagen aus Civilrechtsdelicten mit Einschluss der Interdicte, und so zwar

a. die dem interd. Unde vi parallele a. in factum: Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 48. fr. 3. pr.); Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.), 65 ad Ed. (D. XLIII, 16, 2. 9. pr.);

b. die dem interd. fraudatorium parallele a. in factum: Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 25); Venul. 6 Interd. (D. cit. 11); vgl. A. 1110. 1642;

c. die mit dem interd. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est concurrirende a. in factum adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus a praetore in possessionem missus admissus non sit: Ulp. 72 ad Ed. (D. XLIII, 4, 1. § 8);

d. das interd. de opere restituendo, wie die demselben parallele a. in factum: Ulp. 71 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 20. § 8);

e. Das interd. quod vi aut clam: Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 15. § 3);

f. die a. vi bonor. ademtorum adversus publicanos: Lab. bei Paul. 52 ad Ed. (D. XXXIX, 4, 4. pr.);

g. Die honorarische a. pigneraticia in factum concepta (A. 1495) wegen doloser Deteriorirung des pignus praetorium auf Grund der bezüglichen pönalen Clausel des Edictes in Dig. XLII, 5, 9. pr.: Paul. 59 ad Ed. (D. XLII, 5, 10) vgl. Ulp. 62 ad Ed. (D. cit. 9. § 8);

2. Singulärer Weise (A. 899) auf Grund besonderer Edicts-Clausel:[1114])

1113) Eine Ausnahme ergiebt jedoch die a. vi bonor. rapt., insofern diese gar nicht wider die Erben geht, vielmehr diesfalls cond. furtiva Platz greift: Gai. IV, 8. Ulp. 56 ad Ed. (D. XLIII, 8, 2. § 27); vgl. 1620.

1114) Nach Diocl. im C. Just. V, 21, 3 auch die a. rer. amotar., wogegen von Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 6. § 4) die Quasicontracts-Natur dieser

h. Die a. quod met. c.: Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 2, 19); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 16. § 2. fr. 20); Paul. 1 Quaest (D. IV, 2, 17);

i. Die a. de dolo: Sab. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 29); Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 3, 26. 28); Ulp. 11. 29. 30 ad Ed. (D. IV, 3, 17. § 1. XIV, 4, 9. § 2. L, 17, 44. XVI, 3, 7. § 1); Paul. l. 11 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr. IV, 3, 27); vgl. J. Just. IV, 12, 1, sowie Gai IV, 113 und dazu Schilling, Inst. § 114 m.

3. Die honorarischen Klagen, welche auf Repression von Civilproceß-Delicten sich richten, nämlich

k. Die a. de pecunia calumniae causa accepta: Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 6, 5. pr.);

l. Die a. de alienatione iudic. mut. c. facta: Ulp. 13 ad Ed. (D. IV, 7, 6);

m. Die a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus quis in iudicio sistat: Ulp. 7 ad Ed. (D. II, 10, 1. § 6);[1115]

n. Die a. tributoria wegen des dolo malo facere, quominus ita tribuatur: Ulp. 29 ad Ed. (D. XIV, 4, 7. §. 5. fr. 9. § 2. L, 17, 44);

o. Die honorarischen Klagen wegen des durch das Edict verpönten dolo malo desinere possidere und so zwar:

aa. Die a. de peculio wegen des dolo malo facere, quominus in peculio sit: Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 21. § 2. fr. 30. § 7);

bb. Das interd. de precario wegen des dolo malo facere, ut desineres habere: Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 8. § 8);

cc. Die interdicta quorum bonorum und quod legatorum wegen des resp. dolo malo facere, ut desineres possidere und dolo malo desinere possidere: Ulp. 67 ad Ed. (D. L, 17, 149): ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet;

dd. die hered. petitio possessoria wegen des dolo malo desinere possidere: Paul. 20 ad Ed. (D. L, 17, 127): quum praetor in heredem dat actionem, quatenus ad eum

---

Klage anerkannt ist. Ebensowenig dann die a. adversus mensorem qui falsum modum dixerit: Pomp. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 3. § 5) und die a. in iudicem, qui litem suam fecit: Ulp. 5 ad Ed. (D. V, 1, 16).

1115) Danach war solche Extension der Klage im Edicte nicht proponirt.

pervenit, sufficit, si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti;[1116])

ee. die a. adversus eum, qui omissa causa testamenti wegen des dolo malo facere, quominus possideat: Ulp. 50 ad Ed. (D. XXIX, 4, 12. § 1); vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 98;

p. die a. in factum wider den Erben, welche an Stelle der rei vindicatio utilis wegen des dolo malo desinere possidere des Erblassers (A. 987) eintritt: Jul. 55 Dig. (D. VI, 1, 52); vgl. Paul. 26 ad Ed. (D. VI, 1, 42).[1117])

Dagegen greift solche Extension der Klage wider den Erben nicht Platz bei actio civilis aus Delicten, indem hier bei a. ex delicto der Erbe gar nicht haftet,[1118]) bei bon. fid. a. dagegen in Function einer a. de dolo (A. 1035), ebenso wie bei cond. furtiva, da solche a. quasi ex contractu ist, in solidum haftet: Ulp. 30 ad Ed. (D. XIII, 1, 9), 41, 42 ad Sab. (D. XLVII, 1, 1. pr. XIII, 1, 7. § 2); Paul. 9 ad Sab. (D. XIII, 1, 5); J. Just. IV, 1, 19. (vgl. A. 1114).

Wohl aber greift jene Extension der a. de peculio wegen des dolo malo facere, quominus in peculio sit ausnahmsweise auch wider den Singularsuccessor: wider den Käufer des Sclaven Platz, welcher durch die aus dem Peculium zurückgezogene Vermögenssubstanz bereichert ward: Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 21. § 2).

B. Bereicherung des Gewalthabers durch das auf delictische Weise vom Gewaltuntergebenen Erworbene, auf deren Restitution die betreffende a. ex delicto oder quasi ex contractu als

---

1116) Eine andere Beziehung dieser Stelle scheint mir nicht möglich. Die damit widerstreitenden Ansichten bei Danz, R. G. § 178 unter 3 scheinen mir nicht begründet.

1117) Bezüglich der Civilproceß-Delicte des ältesten Civilrechtes (§ 78) greift die obige Haftung des Erben nicht Platz: die betreffende poena gelangt dann in Wegfall, wenn wider den Erben des Schuldners geklagt wird: Gai. IV, 172; wogegen dann, wenn der Erbe des Gläubigers klagt, denselben die poena in solidum trifft: vgl. Gai. 9 ad Ed. prov. (D. L, 17, 42).

1118) Die bezüglich der a. leg. Aquiliae von Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. § 8) statuirte Ausnahme, wird weder anerkannt von Gai. IV, 112. 2 ad Ed. prov. (D. L, 17, 111. § 1) oder Paul. 23 ad Ed. (D. X, 3, 10. pr.), noch in J. Just. IV, 3, 9. 12, 1. — Endlich Scaev. 4 Reg. (D. XLVIII, 11, 2) ordnet sich unter III.

utilis: mit subjectiver Umstellung, wie mit taxatio gegeben wird. Hierunter fallen die beiden Vorkommnisse:

1. der unmittelbaren Bereicherung des Gewalthabers durch Zuwendung des Erworbenen in dessen unmittelbares Vermögen, in welchem Falle nun die Klage der a. de in rem verso analog ist und die gleiche taxatio aufnimmt, wie unter I (§ 81 unter A 2 b), der hier nun, gleich wie bei jener Klage, die sachliche Bedeutung des id quod pervenit untergelegt wird (§ 81 unter II A). In solcher Verwendung aber werden bekundet:

aa. honorarische actiones ex delicto und zwar

a. das interd. Unde vi, welches jedoch gemeinhin auf Grund der Fassung des Edictes: aut familia tua deiecit als directum gegeben wird: Ulp. 29. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 16. 1. § 15) und lediglich bei verweigerter defensio des delinquirenden filius fam. oder servus als utile Platz greift: Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 19. 20);

b. die a. Pauliana: Lab. bei Ulp. 66 ad Ed. (D. XLII, 8, 6. § 12);

c. die a. adversus mulierem quae dicitur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse: Ulp. 34 ad. Ed. (D. XXV, 5, 1. § 5);

bb. actiones quasi ex contractu sammt a. rer. amotar. (A. 1114):

d. cond. ob iniust. caus.: Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 5, 4. § 2);

e. cond. furtiva: Ulp. 43 ad Sab. (D. XVIII, 1, 29); 41 ad Sab. (D. XIII, 1, 4);

f. a. rer. amotar: Proc. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 3. § 4); Pap. 11 Quaest. (D. cit. 5);

2. der mittelbaren Bereicherung des Gewalthabers durch Zuwendung des Erworbenen in das Peculium des Delinquenten, welchenfalls die Klage, der a. de peculio analog, die gleiche taxatio aufnimmt, wie unter I, obwohl mit der besonderen Formulirung auf: quantum ad peculium pervenit (A. 920), wie mit der Beschränkung auf quanto locupletior factus est (A. 926). Im Uebrigen aber sind es die gleichen Klagen, wie unter I, welche solche Verwendung erfahren,[1119]) nämlich einestheils die

1119) Nicht hierher gehört Atilicin. bei Pomp. 60 ad Sab. (D. XXX, 1,

a. Pauliana: Lab. bei Ulp. 66 bei Ed. (D. XLII, 8, 6. § 12); wie anderntheils die
cond. ob iniust. caus.: Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 5, 4. § 1);
cond. furtiva: Lab. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12); Jul. bei Paul. 3 ad. Nerat. (D. XIII, 1, 19); Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 30. pr.); Ulp. 41 ad Sab. (D. XIII, 1, 4), wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. 767;
a. rer. amot.: Mela und Fulcin. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 3. § 4. fr. 4. § 6); Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12).

C. Bereicherung der juristischen Person oder des Mandanten durch das auf delictische Weise vom Repräsanten oder Mandatar Erlangte, wodurch wider den Repräsentirten a. ex delicto utilis: mit subjectiver Umstellung, wie mit taxatio auf id quod pervenit (§ 81 unter A 2 c), dabei aber wohl mit der Beschränkung auf quanto locupletior factus est (§ 81 unter I B 2 c) begründet wird. Als derartige Klagen aber werden erwähnt:
interdict. Unde vi wider die municipes: Pomp. bei Ulp. 10 ad Ed. (D. XLIII, 16, 4);
a. de peculio wegen des dolo malo procuratoris fieri, quominus in peculio sit: Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 21. § 1);
a. de dolo (A. 899): Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 15. § 1. 2).[1120])

48. pr.): si heredis servus rem legatam ignorante domino subtraxisset et vendidisset, in factum dandam actionem, ut vel noxae servum dederet dominus vel ex peculio praestaret, quod ex venditione eius rei haberet eine Stelle, welche auf zwei Voraussetzungen beruht: 1. das Legat ist Damnations-, nicht Vindicationslegat (vgl. D. cit. 45), folglich ist der Bestohlene nicht der Legatar, sondern der dominus, demgemäß nun das furtum des Sclaven keine a. noxalis begründet; 2. dieses furtum, indem es casuell die Erfüllung des Legates vereitelt, liberirt den Erben von solcher Verbindlichkeit (A: 1655) und verletzt somit die Interessen des Legatares. Zum Schutze dieser verletzten Interessen giebt nun Atilicin. dem Legatar eine a. in factum, welche nach Analogie der a. noxalis auf eine alternative Prästation sich richtet: auf noxae datio oder auf rei praestatio, in dieser letzteren Alternative aber abweichend von der a. noxalis nicht auf die poena furti, sondern nach Analogie der a. ex delicto de peculio auf id quod ad peculium pervenit sich richtet. Demnach fällt solche Klage auf Seite der a. noxalis, nicht aber der obigen Klagen, wenngleich sie nach letzteren theilweis sich richtet.

1120) Zur Vermeidung von Irrthümern fügt Ulp. in § 3 bei: in hac actione designari oportet, cuius dolo factum sit, quamvis in metu non

D. Bereicherung des Pupillen oder furiosus durch delictisches Gebahren des Tutor oder Curator,[1120a]) reprimirt durch a. utilis: mit subjectiver Umstellung, wie mit taxatio auf „dumtaxat quanto Num, Negidius locupletior factus est" (§ 81 unter B 1 b) und in der Bedeutung des quando locupletior factus est (§ 81 unter I A 2). Und zwar werden in solcher Function in den Quellen erwähnt:

1. die a. de dolo (A. 899), sowie die bon. fid. a., insofern solche als a. de dolo fungirt (§ 87); und so insbesondere:

a. die a. de dolo: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 15. pr.);

b. die a. emti: Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 7);

c. die a. depositi: Pap. 20 Quaest. (D. XXVI, 9, 3);

2. die honorarischen Klagen aus Civilproceßdelicten, und so zwar

d. die a. tributoria wegen des dolo malo facere, quominus ita tribuatur: Sab. bei Pap. 20 Quaest. (D. XXVI, 9, 3);

e. die a. de peculio wegen des dolo malo facere, quominus in peculio sit: Pomp. 8 Ep. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 21. § 1);

3. die hered. petit auf Grund des Civilproceßdelictes des dolo malo desinere possidere: Pap. 20 Quaest. (D. XXVI, 9, 3).

III. Endlich die Klage wider den unbetheiligten Dritten auf Restitution der durch Delict des Anderen erlangten Bereicherung tritt als a. directa, aber als subsidiäre Klage in zwei Vorkommnissen auf:[1121])

---

sit necesse; denn die Klage ist nicht in rem scripta, daher ihre Anwendung gegen den dritten Bereicherten ebenso auf besonderem Rechtssatze beruht, wie eine subjective Umstellung in der Formel erfordert.

1120a) Vgl. Sell, Vers. I, 51 fg.

1121) Vgl. Sell, a. O. 53 fg. Nicht hierher gehört Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 24): haec actio (d. i. die a. in factum aus dem interd. fraudatorium: A. 1110) post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit: — — sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio in id, quod ad eum pervenit, wo in den Anfangsworten der Delinquent selbst: entweder der Cridar oder aber dessen Mitcontrahent bezeichnet wird, demgemäß aber auch lediglich der Letztere, nicht aber der unbetheiligte dritte Besitzer unter dem alius quivis verstanden werden kann. Anderer Ansicht Huschke in Ztschr. für Civilr. und Proc. N. F. XIV, 102.

1. a. quod met. c.: [1122]) Jul. 64 Dig. (D. IV, 2, 18); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 3. fr. 16. § 2. vgl. fr. 9. § 8. fr. 14. § 5), sich richtend auf das quanto locupletior factus est (A. 927);

2. condictio ex lege repetundarum (§ 121), gerichtet auf das id quod pervenit, dabei aber wohl den bezüglichen Beschränkungen der cond. ob causam (A. 929) unterliegend.

Und diesen Klagen ordnet sich endlich noch bei

3. die a. Pauliana utilis wider den ex lucrativa causa und bona fide vom Cridar Erwerbenden: A. 921.

§ 93.

Die actiones rescissoria und restitutoria wegen absentia und capitis deminutio.

Eine eigene Gruppe der durch die aequitas reprimirten Vorkommnisse ungerechtfertigter Bereicherung ist nach § 81 gegeben in den beiden Thatbeständen der absentia und cap. deminutio, bei denen übereinstimmend der merkwürdige legislative Gedanke verwirklicht wird, daß nicht durch Restitution der Bereicherung, als vielmehr durch restitutio in integrum: mittelst Wiederherstellung des durch Rechtsverlust, wie Bereicherung gestörten Güterbesitzverhältnisses selbst solche eingetretene ungerechtfertigte Vermögensveränderung wieder aufzuheben sei. Insbesondere aber

I. die Restitution wegen absentia greift Platz in dem Falle des Rechtsverlustes durch unverschuldete Behinderung an ordnungsmäßiger Ausübung des betreffenden Rechtes. Und zwar unterfällt solcher Verlust nach dem edictum perpetuum in Dig. IV, 6, 1. § 1 [1123]) einem zwiefachen systematischen Gesichtspunkte: einerseits des auf Zeitablauf gestützten civilrechtlichen Verlust-

---

1122) Vgl. Schliemann, Zwang 40 fg.

1123) Hier ist meines Erachtens zu lesen: si cuius quid de bonis, cum is metu — — abesset — — posteave (so Rudorff, Ed. perp. § 42), usu perditum esse; denn usu perire, perdere bildet den technischen Gegensatz zum usu capere oder usu suum facere, so usu perdere bei Plaut. Stich. I, 3, 86. Amph. II, 2, 215., sowie Non. Marc. 307: usu — perire hoc est non utendo aliquid perdere.

modus: theils der Usucapion, theils des non usus der Servitut,[1124]) wie andererseits der processualischen Fristversäumniß bezüglich der actio temporaria und weiterhin der Klagverjährung im Allgemeinen.[1125]) Die Rechtstheorie fügt sodann dazu theils noch den Fall des Verlustes der Exception,[1126]) theils die neue Classe der Vereitelung des Erwerbes der durch Rechtsgeschäft deferirten Rechte.[1127])

Dagegen als Vorkommnisse der unverschuldeten Behinderung werden von dem edictum perpetuum zunächst drei verschiedene Gruppen von Fällen gesetzt: theils Behinderung in der Person des Geschädigten: das metu abesse, das sine dolo malo rei publicae causa abesse,[1128]) wie das in vinculis, servitute, hostium potestate esse; theils Behinderung in der Person des Bereicherten: das absentem non defendi,[1129]) das in vinculis esse nec defendi,

---

1124) Edict. cit.: si cuius quid de bonis usu perditum esse dicetur; und im Gegensatz dazu sowohl: si quis quid usu suum fecisset, als: si quis, quod non utendo amissum sit, consecutus [esset].

1125) Edict. cit.: si cuius actionis dies exisse dicetur, und: si quis actione qua solutus [esset] ob id, quod dies eius exierit; vgl. Afric. 6 Quaest. (D. XLVI, 3, 38. § 4); in Frage kommen jedoch nur Klagen reipersecutorischer Richtung: Paul. 12 ad Sab. (D. IV, 6, 18). — Jene drei Verlustmodus recapitulirt Diocl. im C. Just. VIII, 51, 18: quae per usucapionem vel liberationem ex bonis subtracta vel non utendo finita esse videntur.

1126) Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 28. § 5): exemplo rescissoriae actionis etiam exceptio ei, qui rei publicae causa abfuit, competit, forte si res ab eo possessionem nacto vindicentur; demnach: der absens hat die res mancipi vendita et tradita usucapirt und in Folge dessen die exc. rei vend. et trad. verloren; wider die vindicatio rescissa usucupione ward ihm nun solche exc. restitutirt; vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 736.

1127) So im Falle der Deficienz der auf praesentia gestellten condicio bei Legat oder Fideicommiß oder Stipulation in annos singulos, quoad in Italia esset oder dergl.: Lab. Jul. 4 Dig., Pomp. 31 ad Ed. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 17. § 1); Jul. 35 Dig. (D. IV, 6, 41); Afric. 7 Quaest. (D. IV, 6, 43), oder im Falle der Behinderung der hered. aditio wegen absentia: Ant. Pius bei Ulp. 8 ad Sab. (D. XXIX, 2, 30. § 1); vgl. Paul. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 27).

1128) Dem rei publicae causa abesse subsumirte die Rechtstheorie das militiae causa abesse: Marcell. not. ad Jul. 35 Dig. (D. IV, 6, 41); Pomp. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 28. § 6); Scaev. 1 Reg. (D. IV, 6, 45); Ulp. 12 ad. Ed. (D. IV, 6, 7), 5 Opin. (D. IV, 6, 40. pr.)

1129) Darunter werden furiosi, pupilli und civitates, die keinen defen-

das secum agendi potestatem non facere nec defendi und das invitum in ius vocari non licere nec defendi; theils endlich Behinderung, ausgehend von der Person des bei dem Processe mitwirkenden Magistrates: cum magistratus de ea re appellatus esset und cum per magistratus actio exemta esse dicetur;[1130]) wozu allenthalben dann das Edict noch die clausula generalis beifügt, auf Grund deren die Rechtstheorie theils neue Fälle unverschuldeter absentia, theils andersartige Fälle unverschuldeter Behinderung[1131]) als Restitutionsgründe statuirte.

Auf Grund solchen Thatbestandes nun ertheilt das Edict eine actio, welche utilis und im Besonderen ficticia ist[1132]) und theils die Benennung Publiciana (A. 1322), theils die Bezeichnung als rescissoria,[1133]) niemals aber als restitutoria führt. Im Uebrigen aber ist diese actio utilis, wenn immer auch dieselbe nicht wider den dritten Besitzer, somit nicht in rem, sondern nur in personam ertheilt wird,[1134]) doch je nach der Natur des verlorenen Rechtes

---

sor haben, subsumirt von Lab. bei Paul. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 22 § 2); Pomp. 1 Ep. (D. L, 17, 124. § 1). Dann z. B. Afric. 6 Quaest. (D. XLVI, 3, 38. § 4).

1130) Die letztere Clausel betrifft den ius dicens und wird von Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 4—7) commentirt; dagegen die erstere Clausel betrifft den Fall der alten staatsrechtlichen appellatio tribunorum plebis oder auch collegarum (vgl. Keller, Civ. Pr. A. 985 fg.), daher deren Commentar als unpractisch aus den Digesten ausgeschieden ist.

1131) In ersterer Beziehung z. B. relegatio in insulam, vgl. Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 7. fr. 28. pr.), 5 Opin. (D. IV, 6, 40. § 1); Modest. de enucl. cas. (D. IV, 6, 33. pr.); in letzterer Beziehung z. B. Behinderung der Rechtsausübung durch Naturereigniß, vgl. Atilicin. bei Paul. 15 ad Plaut. (D. VIII, 4, 35); Jav. 10 ex Cass. (D. VIII, 6, 14. pr.); Ulp. 70 ad Ed. (D. XLIII, 19, 1. § 9). Im Allgemeinen vgl. Arndts, Pand. § 120. A. 2, der jedoch darin irrt, daß er die Fälle von A. 1129 hierher stellt, was rechtshistorisch von großer Bedeutung ist, da solchenfalls Lab. bereits die clausula generalis gekannt hätte, was nach A. 1454 nicht der Fall ist.

1132) Utilis: Afric. 7 Quaest. (D. IV, 6, 43); Pap. 13 Quaest. (D. IV, 6, 20); Diocl. im C. Just. IV, 54, 5. Ficticia: J. Just. IV, 6, 3. 5. Theoph. in h. l. Vgl. Voigt, a. O. A. 731.

1133) Voigt, a. O. A. 732. Die Benennung ist entlehnt von der rescissio usucapionis, welche von Vornherein den einzigen Fall jener Klage ergab (§ 107): Jul. 48 Dig. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 7); Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.).

1134) Vgl. Voigt, a. O. A. 738. Dies Gesetz gilt auch für alle restitu-

bald a. in rem, bald a. in personam,[1135]) und andererseits wiederum bald ächt restitutorisch: in den Fällen von A. 1124—1126, bald aber auch institutorisch: in den Fällen von A. 1127, demgemäß dort die Fiction auf Nichteintritt des Vorganges sich concipirt, welcher den Rechtsverlust resultirte, hier dagegen auf Nichteintritt des Vorganges, welcher den Rechtserwerb vereitelte.[1136])

II. Sodann die Restitution wegen cap. deminutio beruht auf dem in Dig. IV, 5, 2. § 1 überlieferten Edicte: qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit,[1137]) capite deminuti, deminutae esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit iudicium dalo. Trotz der Unbeschränktheit jedoch des Ausdruckes capite deminutus versagt die Anwendbarkeit dieses Edictes bei der cap. dem. maxima in Folge der dem Sclaven mangelnden passiven Klagfähigkeit,[1138]) so daß als Thatbestand für das Edict nur die cap. dem. media, wie minima verbleiben. Was indeß die erstere betrifft, so fehlt für diese die Anwendbarkeit theils in dem Falle, daß mit Verlust der Civität zugleich Verlust

---

tiorae mit Ausnahme der in rem restitutoria aus dem Edicte über die metus: A. 1637.

1135) Voigt, a. O. A. 739 fg.

1136) Voigt, a. O. 782.

1137) Die Edictsworte, welche aus Lab. 1 ad Ed. von Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 16, 19) in dem Commentar zum Edicte Quod metus causa gesta angezogen sind: „Quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur", gehören an dem Edicte De administratione rerum ad civitates pertinentium, wogegen die von Ulp. 12 ad Ed. (D. L, 16, 20) mitgetheilten Edictsworte: „Contraxerunt, gesserunt" dem Edicte De alienatione iudicii mutandi causa facta angehören. Irrig zieht Rudorff, Ed. perpet. § 41, 2. dieselben zum obigen Edicte.

1138) Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 5, 2. pr.); Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 5, 7. § 2): quia nec praetoria iurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit; sed utilis actio adversus dominum danda est, ut Julianus scribit. Sonach haftet der dominus als Universalsuccessor und zwar, da solche Universalsuccession überhaupt dem ältesten Rechte fremd ist, mit a. utilis, somit nach Analogie der Klage wider den heres: Paul. 19 ad Ed. (D. L, 17, 128. § 1). Und diese Rechtsordnung ward soweit consequent durchgeführt, daß selbst die Restitution der Libertät die früheren Obligationsverhältnisse nicht redintegrirt: Scaev. 1 Resp. (D. XLIV, 7, 30). Neben jener a. utilis steht sodann nach Paul. 11 ad Ed cit. im Falle der verweigerten defensio missio in bona rei servandae causa.

des Vermögens verknüpft war, da in solchem Falle der Universalsuccessor zugleich für die Schulden haftet, eventuell über das Vermögen Concurs eröffnet wird,[1139]) theils im entgegengesetzten Falle[1140]) insoweit, als Rechtsverbindlichkeiten des ius gentium in Frage stehen, da solche durch die cap. dem. gar nicht alterirt werden,[1141]) so daß demzufolge nur bei Nichteintritt der Vermögensconfiscation wegen Verbindlichkeit iuris civilis[1142]) solche

1139) Es steht hier in Frage der Fall der Confiscation vom Vermögen des deportatus, für dessen Behandlung das edictum perpetuum Vorschriften erlies: Callistr. 1 de Jur. fisc. (D. XLIX, 14, 1. § 1): an bona, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertineant quaesitum est; Labeo scribit etiam ea, quae solvenda non sint, ipso iure ad fiscum pertinere; sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex his fisco acquiri nihil possit, wozu vgl. Gai. 17 ad Ed. prov. (D. XXVIII, 1, 8. § 1): si cui aqua et igni interdictum sit, eius — bona — publicabuntur aut, si non videantur lucrosa, creditoribus concedentur. Somit trat hierbei eine verwandte Zweifelsfrage auf, wie bezüglich des Vindicationslegates (Gai. II, 195) und deren legislative Schlichtung in gleicher Richtung, wie dort: es ward zur Succession des Fiscus dessen Acceptation erfordert. Lag nun Insolvenz vor, wo der Fiscus die Succession ablehnte, so griff Concurs Platz nach Maaßgabe des Edictes über die bona vacantia: Gai. III, 78; im Falle der Solvenz dagegen trat der Fiscus die Succession an und es haftete solchenfalls dieser, eventuell bei vend. bon. der bon. emtor für die Schulden: Jav. 9 Ep. (D. XLIX, 14, 11); Pap. 2 de Adult. (D. XLVIII, 20, 4), 29 Quaest. (D. XXII, 1, 6. § 1); Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 5, 2. pr.); Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31. pr.); Marcian. in Bas. LX, 52, 10 (D. XLVIII, 20, 10); Carac. im C. Just. IX, 12, 2. Phil. das. IX, 49, 5; vgl. einerseits Paul. 21 Resp. (D. XLIX, 14, 41); andererseits Jul. bei Pap. 9 Quaest. (D. XLVI, 1, 47. pr.); Pap. 16 Resp. (D. XLVIII, 23, 3); Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 5, 7. §. 3); endlich Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 2, 1. § 4); vgl. Thl. II, 957. Hier jedoch werden die alten Obligationsverhältnisse durch restitutio civitatis et bonorum redintegrirt: Pap. 16 Resp. (D. XLVIII, 23, 3); Ulp. 5, Opin. (D. cit. fr. 2); Sev. im C. Just. IX, 51, 3. Diocl. das. c. 12, nicht aber durch die restitutio civitatis allein: Ulp. cit.; Sev. im C. Just. IX, 51, 3. 4. 5. Im Uebrigen vgl. A. 1898.

1140) Dies ist die concessio bonorum bei Paul. 11 ad Ed. (D. L, 16, 21); Grat. Val. et Th. im C. Th. X, 10, 15.

1141) Marcian. 1 Inst. (D. XLVIII, 19, 17. § 1. XLVIII, 22, 15. pr.); Sev. und Car. im C. Just. VIII, 41, 1. vgl. Thl. I § 80, sowie wegen anderer Rechtsverhältnisse Thl. II A. 939. 1064. 1066. Eine singuläre Ausnahme ergiebt die Societät: Thl. II A. 951, nicht aber die Cognation: A. 1794.

1142) Wegen des Unterganges der Rechtsverhältnisse iuris civilis durch

Restitution Platz griff.[1143]) Dagegen im Falle der cap. dem. minima, indem dieselbe normaler Weise die vermögensrechtlichen Verhältnisse nicht blos iuris civilis, sondern auch iuris gentium zerstört, greift dem entsprechend jene Restitution innerhalb solcher weiteren Sphäre Platz, lediglich insoweit der Anwendbarkeit entkleidet, als anomaler Weise jene Rechtsverhältnisse in Folge der cap. dem. nicht untergehen, vielmehr sei es in modificirter Gestalt, sei es ohne jedwede Modification in Bestand verbleiben.[1144])

Auch die auf Grund dieses Edictes ertheilte Klage ist utilis und insbesondere ficticia und fällt unter die actiones restitutoriae,[1145]) wogegen sie nie die Bezeichnung a. rescissoria empfängt. Dabei ist diese Klage in allen Fällen gleichmäßig wider den cap. deminutus selbst gerichtet, mag nun durch die cap. deminutio der civis zum peregrinus oder der homo sui iuris zum alieni oder der alieni iuris zum sui iuris geworden sein, obwohl im Uebrigen bei cap. dem. minima die Besonderheit Platz greift, daß ersterenfalls bei verweigerter defensio Seitens des

---

cap. dem. med. vgl. Thl. II. A. 63. 66. 78—82. S. 81, sowie Alfen. 1 Epit. (D. XLVIII, 22, 8); Jul. bei Pap. 9 Quaest. (D. XLI, 1, 47. pr.); Marc. bei Ulp. 7 Disp. (D. XLVI, 2, 14. §. 1); Pomp. 37 ad Qu. Muc. (D. XLV, 2, 19); vgl. Paul. 17 ad. Plaut. (D. II, 8, 4). Eine Ausnahme jüngeren Datums ergeben hier, wie bei der cap. dem. minima die Forderungen auf Lebensunterhalt: vgl. Savigny, Syst. §. 72.

1143) Ulp. 11 ad Ed. (Bas. LX, 54, 14. D. XLVIII, 22, 14. § 3): ὁ τῆς πολιτείας ἐκπεσὼν καὶ τὴν οὐσίαν κατασχὼν, οὐτιλίαις ἀγωγαῖς ὑπόκειται· vgl. Paul. sent. rec. I, 7, 2 und anderntheils Pomp. 37 ad Qu. Muc. (D. XLV, 2, 19).

1144) Ersteres ist der Fall auf Grund des Principes noxa caput sequitur mit der delictischen Verbindlichkeit: Gai. IV, 77. Ulp. 12. 29 ad Ed. (D. IV, 5, 2. §. 3. XIV, 5, 4. §. 2); Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 5, 7. § 1); sent. rec. II, 31, 8; Letzteres beim depositum: Paul. 60 ad Ed. (D. XVI, 3, 21. pr.); vgl. Trebat. das. (D. cit. § 1), und dann wieder in anderer Weise bei societas: Gai. III, 153. Jul. 14 Dig. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 58. § 2); Paul. 32 ad Ed. (D. cit. fr. 65. § 11), und mandatum: Paul. 2 ad Nerat. (D. XVII, 1, 61); vgl. Mandry, Familiengüterr. I, 386 fg.

1145) Utilis: Gai. III, 84. IV, 38. Ulp. 11 ad Ed. (D. XLVIII, 22, 14. § 3). Ficticia: Gai. cit. IV, 80. Keller, Civ. Pr. bei A. 343. Vgl. A. 1132; Restitutoria: s. Voigt, a. O. A. 734.

Gewalthabers missio in bona rei servandae causa ertheilt wird (Gai. III, 84. IV, 80. J. Just. III, 10, 3), letzteren Falles dagegen die Klage taxatio auf das sogen. beneficium competentiae nach Maaßgabe des Edictes in Dig. XIV, 5, 2. pr. in sich aufnimmt.

Nach dem Vorgange des letzteren Edictes ward endlich gleiche a. restitutoria theils in gewissen Fällen auch wegen vis, dolus malus, wie error gegeben, theils aber auch wegen circumscriptio minorum, somit in speciellen Fällen des dolus malus, worauf allenthalben in § 134 zurückzukommen ist.

Zweite Abtheilung.

Die historische Ausprägung der Principien.

Erste Periode.

Die historische Ausprägung der Principien bis zu Ausgang der Republik.

Erster Abschnitt.

Die historische Ausprägung der Principien bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St.

§ 94.

Historische Stellung im Allgemeinen der Principien.

Der nämliche Gegensatz, welcher den Stützpunkt und die Sphäre der in dem ersten Buche erörterten Principien ergab: das ius und die mores, bildet zugleich für die hier behandelten Principien den Träger ihrer gegensätzlichen historischen Ausprägung. Und wie daher dort die fides im Gegensatze zum ius auftrat (§ 31), so nun stehen hier aequum oder aequitas und ius oder leges in entsprechendem Gegensatze einander gegenüber:[1146])

Enn. Hect. Lustr. bei Non. 399, 8 (p. 224 Vahl.): ius atque aecum se a malis spernit procul;

Plaut. Stich. III, 1, 22: et ius et aecum postulas; Men. IV, 2, 9: qui neque leges neque aquum bonum usquam colunt;

Ter. Heaut. IV, 1, 29: neque ius neque bonum et aequum sciunt;

1146) Gleichbedeutend ist der Gegensatz: ius bonumque bei Sall. Cat. 9 s. A. 1245.

Varr. L. L. VI, 7: praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur (A. 1204);
Cic. Part. Or. 28, 100: aequitas et ius; de Inv. II, 32, 100. p. Caec. 28, 81: ius et aequitas; de Fin. III, 21, 71: aequum iustumque; iustum atque aequum; de Inv. I, 11, 14. II, 21, 62: civilis mos oder resp. ius civile et aequitas; vgl. Thl. I, 41. und dazu Auct. ad Her. II, 12, 18.
Latro bei Sen. Contr. I, 1, 13: ius et aequitas.

Und ebenso entspricht dem Gegensatze von iustitia und fides die Gegenüberstellung von iustitia und aequitas:

Cic. Top. 23, 90: iustitia aut aequitas; de Rep. I, 2: iustitia, fides, aequitas; vgl. Thl. I, 41;
Nep. Arist. 2, 2: iustitia et aequitas et innocentia;

während endlich der Gegenüberstellung von iustus homo und bonus vir parallel ist der Gegensatz von iustus und aequus homo:

Prol. zu Plaut. Amph. 16: aequi et iusti eritis arbitri; vgl. 37.

So daher unterfällt das ius normaler Weise und im großen Ganzen der Herrschaft der maaßgebenden beiden Principien des rigor, wogegen die mores mit ihren einfachen d. h. nicht juristischen Lebensgeschäften auf die Ordnungen der aequitas angewiesen sind: bezüglich des Inhaltes und Umfanges der sogen. moralischen Verbindlichkeiten auf das Princip der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung, hinsichtlich der Function des Schiedsrichters, wie des consilium cognatorum et amicorum (§ 42) auf das Princip der arbiträren richterlichen Cognition.

Allein gleichwie bei den Principien des ersten Buches jener Gegensatz von ius und fides nicht vollkommen rein gehalten war, vielmehr auch gewisse Rechtsgeschäfte der Herrschaft der letzteren unterfielen (§ 32), so nun tritt gleiches Verhältniß auch innerhalb der hier maaßgebenden Principien zu Tage: gewisse Rechtsfiguren mit ihren Klagen unterfallen der aequitas in dem Principe ebenso der arbiträren richterlichen Cognition, wie der Repression einer ungerechtfertigten Vermögensschädigung.

Somit ist der Ausgangspunkt einer Geschichte dieser beiden Principien in jenem historischen Thatbestande gegeben, daß vor Allem diese Principien das Fundament ihrer gegensätzlichen Aus-

prägung je als rigor und aequitas in jenem im ersten Buche dargelegten Gegensatze des ius einerseits sammt der iustitia, sowie der mores andrerseits sammt der fides finden, somit also der auf die iustitia gestellte solenne Rechtsact zugleich einen Stützpunkt des rigor bezüglich jener beiden Principien ergiebt, während wiederum das auf der fides stehende einfache Lebensgeschäft jenen beiden Principien auf Seiten der aequitas unterfällt; daß aber in vereinzelten Punkten solche Grundordnung in der Weise alterirt wird, daß die Principien der aequitas auch in die Sphäre des ius übergreifen, hier in verschiedener Ausdehnung auf gewisse Klagen ihre Herrschaft erstreckend.

In jenem Zusammentreffen selbst aber der hier maaßgebenden mit den im ersten Buche erörterten Principien innerhalb der gleichen Hauptgebiete je von rigor und aequitas bekundet sich eine Ordnung, welcher eine höhere Bedeutung, als eines rein äußerlichen und nur zufälligen Zusammentreffens zukommt, die vielmehr auf einen tieferliegenden Grund und auf einen höheren leitenden Gesichtspunkt sich zurückführt: denn, so lange als überhaupt iustitia und fides in schroffem und lebhaft empfundenem Contraste zu einander standen, konnte die Verbindlichkeit, die durch solennen Rechtsact begründet und so nun von dem Verpflichteten auf seine iustitia übernommen worden war, in nahe liegender Consequenz der Auffassung auch hinsichtlich des Principes der Repression einer ungerechtfertigten Vermögensschädigung nur dem ius allein, als dem berufsmäßigen Regulator überwiesen werden, wogegen wiederum die geschäftliche Verbindlichkeit, die, nicht durch Rechtsact begründet, als eine sogenannte moralische der Sphäre der mores anheimfiel und lediglich auf Treu und Glauben: auf die fides allein des Verpflichteten gestellt war, auch wiederum in der Richtung jenes Principes nur auf das aequum et bonum angewiesen sein konnte, auf einen Regulator somit, der, als ein eigenes Stück der Volksanschauung und bürgerlichen Sitte, Träger einer Summe von Postulaten und Sätzen war, die auf den Gesichtspunkt des nemo cum damno alterius locupletior fieri debet sich zurückleiteten. Und dann wiederum: bei der Verbindlichkeit, welche ächte Rechtspflicht ist und nach Existenz, wie Gehalt dem Maaßstabe des ius allein unterstellt ist, konnte der Richter am Angemessensten auf einen

Wahrspruch allein über Recht- oder Unrechthaben der Parteien nach Maaßgabe der dem Rechtsstreite zu Grunde liegenden concreten Klagformel angewiesen werden, wogegen andrerseits bei der auf der fides stehenden Verbindlichkeit der Schiedsrichter unmittelbar über den dem Streite zu Grunde liegenden concreten Thatbestand und hierbei zugleich auch über den öconomischen Gehalt des streitigen Anspruches in concreto zu erkennen hatte.

Was dagegen das Uebergreifen der aequitas auf das Rechtsgebiet betrifft, so unterfallen zuvörderst dem Principe der ungerechtfertigten Vermögensschädigung die arbitria der leg. a. per iud. post., deren Gegensatz auf Seiten des rigor ebenso die lites und condictiones, wie die bezüglichen Klagen der leg. a. per man. ini. ergeben, wogegen die iudicia der leg. a. per iud. post., als Delicts- und Quasidelictsklagen, jenem Gegensatze der Principien ganz indifferent gegenüberstehen, da solcher Gegensatz nur auf das Contracts- und Quasicontractsrecht, wie auf das dingliche Recht insoweit sich erstreckt, als mit dem letzteren Ansprüche persönlicher Beschaffenheit auf Schadenersatz oder Restitution einer Bereicherung sich verbinden (§ 68). Dennoch aber waltet hierbei nicht jenes gleiche Verhältniß ob, wie solches in Bezug auf die mores einerseits und auf das ius im Allgemeinen andrerseits sich ergab, daß nämlich innerhalb der nämlichen Sphäre die hier maaßgebenden beiden Principien der aequitas auf das ius übergreifen, innerhalb deren solches Uebergreifen für die Principien des ersten Buches constatirt worden ist; vielmehr sind es durchaus andere Rechtsverhältnisse, welche mit arbitria bewehrt sind, als jene Rechtsacte, welche der voluntatis ratio sich unterordneten. Und zwar, wenn wir jene Rechtsverhältnisse näher in's Auge fassen, sind es die dinglichen Rechte, wie die wesentlich einseitigen Obligationen, welche auf Seiten der lites und condictiones, wie der leg. a. per man. ini. stehen, wogegen alle wesentlich oder zufällig zweiseitigen Obligationen den arbitria überwiesen sind. Und in Folge solcher Vertheilung gewinnt jener Moment des Uebergreifens der aequitas in die Sphäre des ius eine unendlich höhere Bedeutung, als solche der in § 32 beobachteten analogen Erscheinung innerhalb der Sphäre der dort betrachteten Principien zukam. Denn einmal sind in der Sphäre der hier maaßgebenden Principien die Vorkommnisse, an denen

jene anomale Ordnung sich ausprägt, weit zahlreicher, wie bedeutungsvoller; sodann ist es hier ein höherer systematischer Gesichtspunkt, welcher die Ueberweisung jener Rechtsverhältnisse an die aequitas bestimmt; und endlich wird hier solche Anomalie auch durch eine eigene Formel vermittelt, mit welcher die arbitria in ihrer intentio ausgestattet sind und welche selbst, sich concipirend auf quantum aequius melius est ob eam rem mihi a te dari, den Richter ausdrücklich auf eine maaßgebende Berücksichtigung der aequitas verweist (§ 102).

In solcher Formelconception des arbitrium aber offenbart sich zunächst der leitende Gesichtspunkt, daß a priori die alleinige Norm, welche ausschließlich der Richter seinem Urtheile zu Grunde zu legen hat, das ius ist im Gegensatz namentlich zur aequitas, und daß eine Ausnahme hiervon einzig und allein durch solche Legisactionenformel begründet wird, welche den Richter auf eine Rücksichtnahme der aequitas expreß hinweist.

Und sodann auch tritt in jener aequi et boni clausula der arbitria der Ausdruck aequum et bonum in technischer und legaler Verwendung hervor und gewinnt darin seine früheste urkundliche Beglaubigung. Und aus dieser ältesten officiellen Anwendung des Ausdruckes ist wiederum zu erkennen, daß die Volksanschauung dieses Zeitraumes die aequitas noch nicht in jene Wechselbeziehung zur fides oder bona fides stellt, in welcher dieselbe in der zweiten Periode auftritt: Inbegriff und Träger aller für die fides maaßgebenden Postulate zu sein, vielmehr dieselbe einzig und allein noch in einer Beziehung zu den oconomischen Gesetzen des socialen Vermögensverkehres steht (§ 100); ja daß solche aequitas sogar noch nicht jene Gesammtfülle von Anforderungen umfaßt, welche die spätere Zeit auf das Princip der Repression einer ungerechtfertigten Vermögensschädigung stützte, vielmehr dieselbe nur erst vereinzelte jener Postulate unter sich begreift, die von Alters her ihr bei jener ihrer technischen Function innerhalb des Rechtes überwiesen wurden (§ 101 fg.).

Was dagegen das Uebergreifen des Principes der arbiträren richterlichen Cognition auf das Rechtsgebiet betrifft, so unterfallen demselben theils die iurgia, demnach die iudicia, wie die arbitria der leg. a. per iud. post., theils die condictio triticaria, im Gegensatze somit zu den lites und certi condictiones, und zwar

die arbitria bedingt dadurch, daß hier der Richter schon durch die aequi et boni clausula auf eine Entscheidung über den öconomischen Gehalt des streitigen Rechtsanspruches verwiesen wird, die iudicia aber bedingt dadurch, daß nur bei den wenigsten Delicten und Quasidelicten das richterliche Urtheil auf eine absolut fixirte Geldsumme, vielmehr regelmäßig auf einen relativen oder concreten Maaßstab der Bemessung solcher Summe und somit auf eine arbiträre Cognition verwiesen ist, endlich die cond. triticaria bedingt dadurch, daß hier der Richter eine Schätzung der schuldigen Leistung zu geben hat, während im Gegensatze dazu bei den lites und der certi condictio die richterliche Thätigkeit darauf sich beschränkte, über das nackte Recht- und Unrechthaben an sich der Parteien zu entscheiden (§ 103).

Indem indeß, wie obbemerkt, die gegenwärtige Periode der aequitas eine weit beschränktere Sphäre, als die spätere Zeit beimaß, demgemäß aber ihr Urtheil über die Zubehörigkeit eines Rechtsgebildes zur aequitas lediglich auf dessen Bezüglichkeit zum Principe der Repression einer ungerechtfertigten Vermögensschädigung stützte, so begründete nun auch nach solcher Anschauung der gegenwärtigen Periode jene Unterordnung der iurgia, wie der condictio triticaria unter eine arbiträre richterliche Cognition noch nicht deren Auffassung als Aequitäts-Klagen.

Nach Alle dem ergiebt sich daher für den gegenwärtigen Zeitraum der historische Sachverhalt, daß vom Standpunkte der dort herrschenden Volksanschauung, welche der Sphäre der aequitas nur die Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung, nicht aber auch die arbiträre richterliche Cognition überwies, die arbitria der leg. a. per iud. post. allein Aequitäts-Klagen sind, wogegen die Unterordnung unter eine arbiträre richterliche Cognition zwar eine Eigenthümlichkeit der iurgia im Gegensatze zu den lites, und der triticaria im Gegensatze zu der certi condictio, noch nicht dagegen die Qualification der ersteren als Aequitäts-Klagen begründete.

§ 95.

Das Herrschaftsgebiet des rigor.

Das Herrschaftsgebiet des rigor ist das ius: wie jener in diesem allein eine Herrschaft übt, so beherrscht auch er allein

normaler Weise das Letztere, und nur exceptioneller und singulärer Weise tritt bei den arbitria der leg. a. per iud. post. und resp. bei den iurgia und der triticaria condictio die aequitas in eine Concurrenz mit dem ius als mitbestimmendes Gesetz.

Allein indem, wie in § 68 dargelegt, das Princip der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung, wie dessen Gegensätze auf Seiten des rigor durchaus nur bei dem Contracts- und Quasicontractsrechte, sowie in der Sphäre des dinglichen Rechtes insoweit zur Geltung gelangen, als an das letztere Rechtsverhältnisse obligatorischen Characters sich anknüpfen; und indem sodann alle jene Rechtsverhältnisse der Sphäre der leg. a. sacramento, per man. iniect. und per condictionem, wie den arbitria der leg. a. per iud. post. angehören, so sind es allein die lites und condictiones, sowie gewisse Rechtsverhältnisse der leg. a. per man. ini., welche das Herrschaftsgebiet des rigor bezüglich jenes Principes ergeben, wogegen die iudicia der leg. a. per iud. post., weil die Delicts- und Quasidelictsklagen umfassend, diesem Principe völlig indifferent gegenüberstehen.

Dagegen wiederum die Sphäre des Principes der gebundenen richterlichen Cognition ist auf Seiten des rigor gegeben in den lites, wie in der certi condictio.

Was zunächst nun das Princip der gebundenen richterlichen Cognition betrifft, so gewinnt dieses in dem Legisactionenprocesse seine prägnanteste Ausprägung auf Grund der verbi ratio. Denn indem in dem Legisactionenprocesse die actio des Klägers, wie die defensio des Beklagten in solenne Worte gekleidet wurden und so zum solennen Rechtsacte sich gestalteten (§ 2); indem sodann bei dem solennen Rechtsacte von Alters her das rechtsverbindliche Element nicht in dem actum, sondern in dem dictum gegeben war (§ 1. 5); indem daher der Rechtsanspruch des Klägers vollständig aufgenommen und absorbirt wird von dessen Klagvorbringen, oder indem, mit anderen Worten, die civilrechtliche actio consumirt wird von der processualischen actio,[1147]) als dem solennen dictum; so fällt nun dem Proceßrichter die

---

1147) Keller, Civ. Pr. A. 712: „Die Regel der Consumtion ist anfänglich eine processualische, äußerliche: dieselbe leg. a. (voran die Intentio gegen diesen Gegner gesprochen) nicht zum zweiten Mal.“

Aufgabe zu, über das streitige Rechtsverhältniß nicht nach Maaßgabe seiner in Wirklichkeit gestalteten, sondern nach Maaßgabe seiner in den Worten der actio und defensio concipirten thatbeständlichen Verhältnisse zu entscheiden, somit also die Subsumtion des betreffenden Rechtsverhältnisses unter den bezüglichen Rechtssatz nicht nach Maaßgabe der empirischen Gestaltung solchen Verhältnisses, sondern nach Maaßgabe seiner Darstellung in der Proceßformel zu beurtheilen, indem ebensowohl Alles, was über das dictum jener Formel hinauslag, juristisch irrelevant war, als auch wiederum dieses dictum strict nach seinem Wortsinne maaßgebend war (§ 5), daher denn nun ebenso das formelle Versehen beim dicere den Verlust des Processes zur Folge hat (§ 2 unter d. e), wie auch die sachliche Unrichtigkeit d. h. die pluspetitio.[1148])

Diese principiellen Voraussetzungen aber gewinnen ihre Verwirklichung bei der leg. a. sacramento, wie per condictionem darin, daß beidemal dem Richter nicht die Entscheidung über das Recht- oder Unrechthaben in dem streitigen Rechtsverhältnisse, als vielmehr über das Recht- oder Unrechthaben bei sacramentum, wie bei sponsio eingeräumt, somit also dort derselbe nur entscheidet utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit (A. 1150. § 97), hier dagegen derselbe in die summa sponsionis allein verurtheilt (A. 1206. § 103).

Und indem somit solche Entscheidung ebenso nur nackter Wahrspruch über das Recht- und Unrechthaben der Parteien, als auch an sich nur präjudicialen Characters ist, insofern nur über einen Präjudicialpunkt, nicht aber in der Hauptsache ausdrücklich ein Urrtheil gegeben wird, so ist nun damit auch dem Richter jedwede meritorische Entscheidung über die Streitsache entzogen und damit demselben namentlich auch die Entscheidung über den öconomischen Gehalt des klagbar gemachten Rechtes,

1148) Keller, a. O. § 13: wie aber, wenn der Kläger 100 gefordert, der Beklagte die Forderung einfach bestritten hatte, und wenn jetzt der Richter nach gepflogenen Verfahren sich überzeugt, daß der Beklagte 50, aber nicht mehr, schuldig sei? Hier bethätigt es sich, daß der Entscheid über das Sacramentum förmlich die vorherrschende Aufgabe ist, das streitige Recht dagegen nur in secundärer und gleichsam dienstbarer Weise zum Austrage kommt. Die Wette muß gewonnen und verloren werden. Auf alle Mittelfälle darf demnach der Richter gar nicht eingehen."

wie über das in concreto vom Beklagten zu leistende Quale und Quantum vollständig abgeschnitten, wohingegen wiederum bei den iurgia auf Grund des Textes der Legisactionsformel selbst, und bei der triticaria condictio auf Grund unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift Modificationen jener Ordnung Platz greifen (§ 103).

Und aus jener gesetzlichen Ordnung ergeben sich nun auch ohne Weiteres die in § 75 unter III und § 79 a. E. dargelegten beiden Untersätze des rigor, daß, indem die Legisaction aus der Formel einer actio und einer defensio sammt der Mitrede des ius dicens sich zusammensetzt, die defensio aber nur eine infitiatio, nicht aber wieder eine actio des Beklagten umfassen kann, jenes richterliche Urtheil das Recht- oder Unrechthaben der Parteien nur rücksichtlich der actio des Klägers, nicht aber rücksichtlich eines Gegenanspruches des Beklagten betreffen und entscheiden kann, im Uebrigen aber dem Richter durch die ihm vorgeschriebene obige Fassung seines Urtheiles schlechthin die Möglichkeit abgeschnitten ist, ebensowenig wie über Quale oder Quantum der in lite befangenen Leistung, so auch nicht zu Gunsten des durch die Verwirklichung des Klaganspruches etwa beeinträchtigten Interesse des Beklagten irgendwie temperirend einzugreifen und insbesondere durch Anwendung irgend welcher Schutzmittel dagegen Vorkehrung zu treffen.

Die practische Durchführung aber des principiellen Standpunktes, welchen so der rigor gegenüber dem Postulate der Repression der ungerechtfertigten Schädigung einnimmt, ermöglichte das älteste Recht durch die in § 77 dargelegten Maximen, somit auf dem Wege, daß zunächst das vermögensschädigende Verhalten des Mitinteressenten nach dem Gesichtspunkte seiner Schadenfähigkeit und zum Civilproceßdelicte qualificirt verpönt, mit der als Correctiv solchen Delictes gesetzten Privatstrafe aber der Schadenersatz selbst zur einheitlichen Vermögenspräſtation verschmolzen war, deren Verbindlichkeit nun lediglich durch den Eintritt des delictischen Thatbestandes, nicht aber durch die wirklich erlittene Schädigung begründet wurde; und daß sodann für jene poena ein abstracter Maaßstab ihrer Bemessung gesetzt und bei relativer Strafhöhe das pretium rei, somit ein durchaus objectiver Maaßstab zu Grunde gelegt war. Denn indem

damit allenthalben für den Richter die Cognition darüber entfiel, ob dem Forderungsberechtigten durch das delictische Verhalten des Gegners in concreto ein Schaden überhaupt erwachsen sei, auf welche Summe ferner der etwa erwachsene Schaden sich beziffere, und welche Rücksichtnahme endlich den individuellen Verhältnissen des Geschädigten bei Fixirung der Ersatzsumme zuzugestehen sei; indem ferner das Civilproceßdelict nach § 77 als reiner Incidentpunkt mit der Klage wegen des Hauptanspruches in der Weise zur processualischen Einheit verschmolzen war, daß die Entscheidung über das Recht- oder Unrechthaben bezüglich des Hauptanspruches zugleich strictest präjudicirlich war für die Frage wegen Verwirkung oder Nichtverwirkung der poena temeritatis, somit aber auch die expresse Entscheidung dieser Frage durch den Richter völlig entbehrlich war; indem endlich die ziffermäßige Fixirung der poena temere litigantis bei der dinglichen Klage durch Duplication der vor eigene arbitri litis aestimandae verwiesenen Schätzung des Proceßobjectes sich ergab (§ 96), bei den lites in personam und den certi condictiones aber bald aus der in der Legisactionsformel genannten Summe sei es durch ein einfaches Multiplicationsexempel, sei es unmittelbar durch das Richterurtheil sich fixirte, bald aber auch, was die Klagen aus lex mancipii und Damnationslegat auf certa res non fungibilis betrifft, in der dem Duplum zu Grunde zu legenden Einheit zweifelsohne ebenfalls durch ein arbitrium litis aestimandae besonders ausgeworfen wurde und dann nun wiederum durch einfaches Rechenexempel sich ergab (§ 97. 98); so konnte nun in der That das Richterurtheil, wie beschehen, auf die nackte Entscheidung allein über Recht- und Unrechthaben bei sacramentum oder sponsio poenalis beschränkt und damit ex professo jede weitere Entscheidung über Quale und Quantum einer Leistung, wie des Schadenersatzes insbesondere ausgeschlossen, so aber das Princip der gebundenen richterlichen Cognition in strengster und starrster Consequenz zur Durchführung gebracht werden. Es war, mit Einem Worte, durch jene mannichfachen Mittel die Aufgabe gelöst, daß das Richterurtheil einestheils ein präjudiciales war, und doch auch wieder anderntheils regelmäßig ein certum setzte. Wo aber trotz dem solches Urtheil ein incertum übrig läßt, welches zum Austrage

des Rechtsstreites in ein certum umgesetzt werden muß, da wird solches Complement des Urtheils innerhalb der leg. a. sacram. zum eigenen zweiten Processe: in das arbitrium litis aestimandae (A. 1153. 1173), bei der cond. triticaria aber zum eigenen zweiten Urtheil: in das iudicium secutorium (A. 1295) verwiesen. Allein beide sind in der That nur Nothbehelfe für den Fall, daß in dem Rechtsverhältnisse an sich und somit für die Legislation unbeseitbar die Incertitudo begründet ist. Keineswegs dagegen hat solches Supplementarverfahren die Aufgabe, eine in dem Rechtssatze selbst enthaltene, durchaus objective Incertitudo zu beseitigen, d. h. etwa für einen vom Gesetzgeber verwendeten Begriff von nur relativer Bestimmtheit in Hinsicht auf den concreten Fall eine exacte Begränzung oder Bestimmung zu liefern. Und dem nun entspricht, daß innerhalb der Sphäre der leg. a. sacram. in personam, wie per cond. legis Siliae der legislatorischen Normirung von Thatbeständen Begriffe von nur relativer Bestimmtheit: ein quanti res est, quanti interest u. dergl. ebenso fremd sind, wie fremd sein müssen, ja daß auch in Bezug auf die Bestimmung des zu normirenden Thatbestandes die Legislation derartige Begriffe vermied: ein modicum oder utile tempus, eine iusta causa oder mora oder culpa in concreto u. dergl., während wiederum eine Supplirung von Lücken in der geschäftlichen Disposition, wie z. B. in § 28 unter B 2 der richterlichen Competenz vollständig sich entzog (§ 10).

Was endlich insbesondere die Haltung des rigor gegenüber den Postulaten der aequitas betreffs der Ersatzleistung für verschuldet zugefügte ungerechtfertigte Vermögensschädigung, wie der Restitution der ungerechtfertigten Bereicherung in § 75 unter I und II betrifft, so ist hier, wie in § 79 dargelegt, die Stellung des rigor gegenüber der aequitas eine zwiefache.

Und zwar tritt der rigor zunächst in einen conträren Gegensatz zu der aequitas, indem er, ohne zwar das Princip der Repression einer ungerechtfertigten Vermögensschädigung zu adoptiren, doch gewisse Rechtsordnungen aufstellt, durch welche gewisse Vorkommnisse solcher ungerechtfertigten Schädigung in Wahrheit eine Repression erfahren. Jene Rechtsordnungen selbst aber sind theils gewisse poenae temere litigantium, theils die a. auctoritatis, und zwar, was die ersteren betrifft, nach dem

XII Tafelrechte die poena iniustae vindiciae latae bei leg. a. sacram. in rem, die poena iniustae actionis susceptae bei a. auctoritatis, die poena iniustae infitiationis bei Klage aus Nexum, lex mancipii sammt Damnationslegat auf certum, und so wohl auch bei der ältesten a. depensi, wie nicht minder die poena iniustae actionis motae bei iudicium contrarium des vindex gegenüber denjenigen Vorklagen, welche in Form der leg. a. per man. ini. iudicati oder pro iudicato gekleidet sind; endlich nach den leges Silia und Calpurnia wiederum die poena iniustae sponsionis und restipulationis poenalis bei certi condictio auf Seiten des Beklagten, wie die poena iniustae litiscontestationis bei condictio triticaria (§ 78). Und zwar werden durch alle diese poenae temeritatis einerseits zwar die bezüglichen Vorkommnisse von frustratio restituendi und mora solvendi, wie die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution oder dinglichen Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte (§ 96 fg.) in Wahrheit mit reprimirt, andrerseits aber doch wiederum von einem total verschiedenen leitenden Gesichtspunkte aus reprimirt, als solches von Seiten der aequitas beschieht. Denn während die letztere die Vermögensschädigung verpönt und ebenso dieses Verbot an den Thatbestand subjectiver Verschuldung neben objectiver Rechtswidrigkeit anknüpft, wie auch mit solchem Verbote selbst Rechtsmittel reipersecutorischer Tendenz verknüpft, so unterstellt der rigor, wie in § 77 dargelegt, das vermögensschädigende Verhalten vielmehr dem Gesichtspunkte des Proceßdelictes der temeritas und stellt solches nun unabhängig von dem subjectiven Thatbestande irgend welcher culpa, während wiederum die poena temeritatis dem Gegner nicht gleich als Schadenersatz, sondern als Privatstrafe zukommt. Demgemäß ist daher eine in concreto obwaltende Congruenz des von dem rigor und des von der aequitas reprimirten Thatbestandes eine durchaus zufällige, nicht aber in thesi gesetzte, indem vielmehr im anderen Falle ein gegebener Thatbestand auch wieder der Satzung des rigor allein oder aber der aequitas allein unterfallen kann.

Und nicht minder geht sodann die der a. auctoritatis zu Grunde liegende Rechtsordnung, welche die Haftung für Eviction mit der Mancipation allein und zwar ipso iure und schlechthin verknüpft (A. 1198), von einem durchaus verschiedenen Grund-

gedanken aus, als jene Ordnung der aequitas, welche mit dem entgeltlichen alienatorischen Contracte die Verpflichtung zur Eingehung der stipulatio duplae vel simplae verbindet (§ 87), so daß auch hier die Congruenz des der Rechtsordnung des rigor und der aequitas unterfallenden Thatbestandes nur eine zufällige, nicht aber theoretisch gegebene ist.

Ueber die Sphäre jener beiden Ordnungen hinaus: der poenae temere litigantium, wie der a. auctoritatis tritt dagegen der rigor in ein durchgehends und rein negirendes Verhältniß zur aequitas, indem in keinem Punkte die Postulate und Untersätze der Letzteren irgend wie zu gesetzlicher Anerkennung und Geltung gelangen, weder bezüglich der Leistung des Schadenersatzes, noch bezüglich der Restitution einer Bereicherung, und im Besonderen weder die vindicatio sei es in Form der leg. a. sacramento, sei es des agere per sponsionen, noch auch die persönlichen Klagen der leg. a. sacram., per man. ini., wie per condictionem die der formula petitoria, wie bon. fid. actio überwiesenen Nebenaufgaben als Schäden- wie als Bereicherungsklagen übernehmen (§ 96—98).

Eine bemerkenswerthe Episode in der Geschichte des rigor ergiebt jedoch das 4. und 5. Jahrhundert d. St., insofern in diesem Zeitraum in ausgedehnterer Maaße eine Reception latinischen Rechtes, resp. großgriechischer Provenienz in das röm. Recht sich vollzog: im J. 311—329 der certi condictio aus der Stipulation durch die lex Silia, 419—424 des Expensilationsrechtes durch die Interpretatio, 416—466 der triticaria cond. aus der Stipulation durch die lex Calpurnia, wie 467 des damnum iniuria datum durch die lex Aquilia (§ 99). Und zwar gewinnt von allen diesen Rechtsinstituten für die Geschichte des Principes der Repression der ungerechtfertigten Bereicherung eine besondere Wichtigkeit die cond. triticaria, insofern bei dieser der Debitor nur für culpa in faciendo zu haften hat und somit dann, wenn durch casus oder durch culpa in non faciendo die totale oder partielle Vereitelung der Solution herbeigeführt worden ist, derselbe von seiner Schuldverbindlichkeit liberirt wird (§ 98), diese Rechtsordnung aber im schroffsten Gegensatze zu dem XII Tafelrechte steht, wonach der Debitor unbedingt und somit auch für den casus haftet (§ 97).

Und dem Allem entspricht nun auch, daß in den ältesten, uns überlieferten theoretischen Behandlungen der Lehre vom Zufall:

bei Comificius und Cicero die fortuna oder später der casus im Gegensatze zur culpa oder Verschuldung nirgends als ein die contractliche oder quasicontractliche oder dingliche Verpflichtung modificirender Moment berührt, vielmehr lediglich dessen juristische Relevanz in der Sphäre des Delictrechtes behandelt wird,[1149]) während wiederum die theoretische Ausbildung der Lehre von dolus malus als Vorsatz und von culpa als Fahrlässigkeit erst dem Ausgange der Republik angehört, hier auf Qu. Mucius Scaevola Pont. zurückgehend (A. 1390).

Im Uebrigen ist solche rein negirende Haltung des rigor gegenüber dem Principe einer Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung keineswegs auf eine legislative Billigung solcher Schädigung zurückzuführen, als vielmehr aus der der Volksanschauung inneliegenden und von der Gesetzgebung adoptirten Auffassung der dem paterfamilias obliegenden Pflicht zur diligentia zu erklären. Denn indem es hiernach als geboten galt, ebenso bei eintretender frustratio restituendi oder mora solvendi unverweilt mit Klage wider den Gegner vorzugehen, wie auch bei Abschluß von Rechtsgeschäften durch die lex privata für diejenigen Vorkommnisse und Verhältnisse vorzusehen, aus denen eine Vermögensschädigung des Interessenten zu befürchten stand, und so nun namentlich auch gegenüber den manichfachen Fällen einer Einwirkung von Zufall oder Verschuldung, von Vorsatz oder Fahrlässigkeit auf die geschäftlichen Verhältnisse durch bezügliche Vertragsbestimmungen Vorsorge zu tragen, so entfiel nun damit für die Gesetzgebung jede Veranlassung, zum Schutze der negligentia, welche solche Vorsicht verabsäumte, und dieselbe gewissermaaßen sancirend irgend wie durch lex publica direct einzugreifen (§ 104).

§ 96.

Fortsetzung.
A. Die dingliche Klage der XII Tafeln.

Die dingliche Klage der XII Tafeln, in der Form der leg. a. sacramento ihre prozessualische Ausprägung gewinnend, folgt in allen ihren Sondererscheinungen, wie in allen ihr inliegenden Be-

1149) Voigt, Bedeutungswechsel 20 fg.

ziehungen durchaus den Gesetzen des rigor: in dem Principe der gebundenen richterlichen Cognition, wie gegenüber dem Principe der Repression einer ungerechtfertigten Vermögensschädigung. Und zwar findet solches Verhältniß seine ganz prägnante Ausprägung in der dabei dem Richter angewiesenen functionären Stellung und insbesondere in der ganz eigenthümlichen Begränzung des richterlichen Officium gegenüber der Frage hinsichtlich der aus dem Unrechthaben sich ergebenden pecuniären Consequenzen. Denn indem dem iudex einzig und allein darüber ein Urtheilsspruch freigegeben wird: utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit;[1150]) indem somit demselben nur eine präjudiziale, nicht aber eine meritorische Entscheidung nachgelassen wird, welche etwa direct auf die Zuständigkeit des klageweise verfolgten Rechtes sich richtete und explicite die Frage beantwortete: utrius ea res, qua de agitur, ex iure Quir. sit, oder etwa verurtheilungsweise ausspräche: Aulo Ag. a Numerio Neg. rem, qua de agitur, restitui iubeo; so ist nun hiermit dem Richter schlechthin die Möglichkeit abgeschnitten, irgend wie maaßgebend hinsichtlich des concreten öconomischen Gehaltes des Rechtsstreites sich zu äußern und denselben bestimmend zu beeinflußen, so daß demnach seiner Cognition, wie Competenz auch die Entscheidung der Frage gänzlich entzogen ist, welche pecuniäre Consequenz im Allgemeinen aus dem Recht- oder Unrechthaben für die Parteien sich ergebe und wie etwa im Besonderen nach Quale oder Quantum die daraus resultirende Leistung in concreto sich bestimme. Daher trägt solches Urtheil unmittelbar in der That nur dem ethischen Interesse der Parteien Rechnung, welches in der Thatsache an sich des Recht- oder Unrechthabens belegen ist und welches bei der gesammten Anschauungsweise der ältesten Römer rücksichtlich der ethischen Pflichten (S. 172 fg. 228 fg.) immerhin einen nicht geringen Eigenwerth hatte, wo-

1150) Vgl. Keller, Civ. Pr. A. 201 und dazu Gai. IV, 95: si aput Cviros agitur, summam sponsionis — petimus — per legis actionem, wobei, wie schon Römer in kritischer Ueberschau III, 442 fg. bemerkt, sponsio als untechnische Bezeichnung des sacramentum von Gai. gesetzt ist und wonach das Urtheil sicher nicht meritorisch lautete, sondern präjudiziell, diesfalls aber es als eine Breviloquenz des Ausdruckes anzusehen ist, wenn Gai. auf ein Numerium sacramentum dare oportere an Stelle des Numerii sacramentum iniustum esse hinweist.

hingegen jenem Urtheile für die finanziellen Interessen der Parteien nur eine mittelbare Bedeutung zukam, insofern als aus jenem Recht- oder Unrechthaben noch gewisse öconomische Consequenzen für die Parteien folgeweise sich ergeben. Vielmehr gelangen wiederum diese öconomischen Consequenzen theils in der leg. a. per man. ini. zur Geltung und Durchführung, theils gewinnen dieselben auch in der datio vindiciarum und dem arbitrium litis aestimandae eine separate Ordnung, wie Fixirung.

Zuvörderst aber die vindiciarum dictio und datio hat die Bedeutung, der einen Partei den interimistischen Prozeßbesitz von Gerichtswegen zu übertragen, wie eventuell dessen Restitution von Seiten des unterliegenden Prozeßbesitzers sicher zu stellen. Und zwar ist der Gegenstand solcher Restitution einestheils die res d. i. das Prozeßobject selbst, wie anderntheils der fructus (A. 1151) d. i. der von der vindiciarum datio ab von jener res gezogene Nutzungsgewinn oder die omnis causa (A. 1156), wobei nun insbesondere jene res nach Individualität, Qualität, wie Quantität bestimmt wird durch den körperlichen Gehalt dessen, was von dem rem manu adprehendere der Vindication ergriffen worden ist: denn indem von Alters her das Vindicationsobject in Gegenwart des Prätor adprehendirt werden, somit bei der Klaganstellung selbst körperlich vorhanden sein muß; indem daher die Vindication auch nur wider denjenigen und nur insoweit angestellt werden kann, als Jemand zu jenem Zeitpunkte Besitzer ist, insoweit dagegen, als ein innegehabter Besitz wieder verloren oder aufgegeben worden ist, dieselbe juristisch unmöglich ist; so wird nun auch durch jene Präsenz der Sache und durch das körperliche rem adprehendere in Verbindung mit den dasselbe begleitenden solennen Worten die res als das Streitobject erschöpfend substantiirt: nach Individualität, Quale und Quantum, nach Haupt- wie Nebensache, und so denn nun auch für die vindiciarum datio, wie restitutio maaßgebend fixirt. Die Sicherstellung selbst aber der Restitution der res sammt fructus wurde gewonnen von Alters her durch praedum litis vindiciarum datio, in Folge deren die praedes dem Prätor gegenüber zu Gunsten des Gegners die Garantie für solche Restitution übernahmen,[1151]) während später,

1151) Gai. IV, 16: praetor — eum (sc. secundum quem vindicias

in der Kaiserzeit an Stelle solcher praedum datio die dem in rem agere per sponsionem entlehnte stipulatio pro praede litis vindiciarum trat[1152]).

Mit solcher datio praedum oder stipulatio pro praede steht sodann in einem Correspondenzverhältnisse das arbitrium liti oder später litis aestimandae bezüglich dessen wiederum die XII Tafeln bei Fest. v. vindiciae p. 376 M. p. 84 Momms. (Fest. Cod. quatern. XVI) verordneten:

Si vindiciam falsam tulit, si velit is, [prae]tor arbitros tris dato. Eorum arbitrio [rei,] fructus duplione damnum decidito.[1153])

dicebat) iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarium id est rei et fructuum; 94: pro lite et vindiciis id est pro re et fructibus a possessore petitori dabantur praedes: vgl. Pseudo Asc. in Cic. in Verr. p. 191: praedes — dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud iudicem lis est, ne interea, qui tenet, diffidens causae possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat. Die datio praedum geschah zu Gunsten des Gegners; die Obligirung der praedes selbst aber war Rechtsgeschäft zwischen diesen und dem Prätor: Mommsen in Abhandl. d. sächs. Ges. der Wiss. phil. hist. Cl. II, 468: vgl. Keller, a. O. A. 229. Wegen des Falles, daß der Beklagte die praedum datio ablehnte s. A. 943 fg.

1152) Vgl. A. 1313. Dies bekunden negativ Gai. IV, 94: olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis — a possessore petitori dabantur praedes; affirmativ: Paul. 1 Sent. (fr. Vat. 336): cum quo ag[itur suo nomine, si quidem in rem, pro praede litis et] vindiciarum adver[sario satisdare cogitur vel iudicatum solvi; — — alieno nomine] in rem pro praede litis et [vindiciarum vel iudicatum solvi — — satisdatur], was Keller, a. O. § 56 unter 1 a übersieht. Nicht dagegen war solches der Fall zur Zeit von Cic. in A. 1313 cit. Wegen der Conception jener Stipulation s. A. 1314.

1153) Die erste Lücke wollen Keller a. O. A. 108 und Müller a. O. ergänzen und resp. emendiren: [st]litis [vindiciarum prae]tor dagegen Wetzell, Vind. Pr. 32: [qui vicit prae]tor; allein dies ist unstatthaft, weil der dafür erforderliche Raum mangelt: es ist nur Platz für 3 oder 4 Buchstaben, und resp. weil darin eine nicht unabweisbare Aenderung des Textes si ve liegt. Die zweite Lücke will Wetzell, a. O. 33 ergänzen: neglecti; allein auch dafür mangelt wieder der Raum; dagegen Müller und Keller a. O. proponiren: reus; allein diese Ergänzung ist sinnwidrig: denn reus bedeutet ja in den XII Taf. der Interessent und insbesondere die Prozeßpartei, nicht aber der Beklagte. Dagegen wird die Ergänzung rei gesichert durch Gai. IV, 16: praedes — dare — rei et fructuum und 94: pro re et fructibus — dabantur praedes: s. A. 1151. Endlich Schöll, leg. XII tab. 74. 92. 161 liest: sive litis; allein vor Allem dürfte

Und zwar stellt sich die sachliche Bedeutung dieses Gesetzes dahin, daß dem in der leg. a. verurtheilten Vindicien-Besitzer („qui vindiciam falsam tulit") auf sein Verlangen („si velit is") vom ius dicens ein arbitrium von tres arbitri zu bestellen ist („praetor arbitros tris dato"), somit aber, da die datio arbitri Seitens des Prätor zur Zeit der XII Taf. nothwendig durch Legisaction vermittelt wird, dem Inhaber der Vindicien ein arbitrium der leg. a. per iud. postulationem zugesprochen wird. Und diese arbitri haben nun die lis („arbitrium liti aestimandae")[1154]) oder die Vindicien d. i. res, wie fructus (A. 1151) zu würdern, wonach dann der das arbitrium Postulirende durch Zahlung des Duplum solcher Taxe seine Rechtsverbindlichkeit an den Gegner zu bereinen oder zu begleichen hat („eorum arbitrio rei, fructus duplione damnum decidito")[1155]). Insbesondere aber unter fructus ist nicht die Frucht: der fructus der späteren Jurisprudenz, als vielmehr die omnis causa oder der Nutzgewinn überhaupt zu verstehen[1156]), wie solches namentlich bezeugt wird in dem Commentar zum obigen Gesetze von Gai. 6 ad l. XII tab. (D. XXII, 1, 19) und insbesondere von dem daselbst citirten Proculus, wie

Aelius Gallus: si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit.

---

dann erst nachzuweisen sein, welchen Sinn überhaupt solche Lesung haben soll; insbesondere aber die Bemerkung S. 92: ne codicum quidem fide nititur „si velit is" ergiebt kein Argument, da in der That sehr wenig darauf ankommt, ob der Abschreiber schrieb: si velit is oder sive litis: denn der Urcodex hatte ja doch sivelitis geschrieben, und so schreibt in der That auch Vat. 2731. Alles dies aber rechtfertigt die obige Lesung von praetor, wie Orsini liest, und rei worauf Wetzell a. O. hinweist.

1154) Val. Prob. de Not. § 4. no. 10: A. L. A.: arbitrum liti aestimandae.

1155) Vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 149 fg.

1156) In gleicher Bedeutung kommt fructus vor in der stipulatio iudicatum solvi (A. 953), in der honorar. fructuum licitatio und fructuaria stipulatio des Interdictenprocesses: Gai. IV, 166—169; im Edict. aed. cur. in Dig. XXI, 1, 1. § 1: sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem (A. 1356); bei Gai. IV, 167. 169. 170 bezüglich des iudicium Cascellianum fructuarium und Calpurnianum, und sonst noch öfter: Beil. XXI § VII und A. 165. Vgl. auch Ulp. 17 ad Ed. (D. VIII, 5, 4. § 2. fr. 6 § 6. VII, 6, 5. § 3. 4. 6) und Lab. und Pomp. das. Im Allgemeinen vgl. § 113.

Mit der obigen Auffassung jenes Gesetzes tritt nun allerdings zunächst darin Keller, Civ. Pr. 316 in Widerspruch, daß nach ihm bei dem arbitrium litis aestimandae nicht an einen neuen Prozeß gedacht werden dürfte, der etwa mit einer anderen leg. a. anzuheben gewesen wäre, sondern daß dasselbe wahrscheinlich ein Nebenverfahren gewesen sei, sei es vor demselben Judex oder Collegium, sei es vor einem Ausschuße des letzteren oder vor Arbitri. Allein wenn schon gegen diese Auffassung bedenklich macht, daß deren Negative durch keinerlei Argument gestützt ist, welches die entgegenstehende, bereits von Wetzell, Vind. Pr. 63, Leist, Rechtssyst. 36 und J. G. H. O. Gallenkamp, de excutione ap. Rom. Berol. 1854 § 3. vertretene Annahme entkräftete, so wird andrerseits wiederum der affirmative Theil der Annahme wiederlegt durch das obige XII Tafelgesetz selbst: „praetor arbitros tris dato; eorum arbitrio — damnum, decidito." Denn das „arbitros tris" ergiebt, daß als Richter der arbiter, somit der Einzelrichter fungirt und zwar, gleich wie bei der a. fin. regundorum, in der Dreizahl, demnach aber weder dem iudex, noch auch den Cviri oder einem Senate derselben oder dem Ausschuße eines solchen das Richteramt zukömmt, da ja die Cviri nur als Colleg, nicht aber als Einzelrichter, und nur als iudices, nicht aber als arbitri fungiren. Und sodann wiederum das „praetor arbitros dato" ergiebt, daß durch datio der Richter für das arbitrium bestellt wird d. i. durch magistratische Einsetzung einer individuell benannten Person zur Richterfunction, demnach also nur der Einzelrichter, nicht aber die Cviri solche Function bekleiden, da die Letzteren nicht durch solche datio als Richter denominirt werden, sondern als Colleg die Rechtssache zur Aburtheilung einfach überwiesen erhalten. Und endlich ergiebt das „praetor arbitros dato" auch wieder, daß nicht ein einfaches Nebenverfahren der leg. a. sacramento in Frage steht, sondern daß ein ganz neuer und selbstständiger Prozeß, somit eine neue leg. a. eintrat, da eine neue iudicis datio erfolgte: denn für Entscheidung eines Rechtsstreites durch den arbiter datus bedarf es bei Beginn von dessen Thätigkeit eines Actes, durch welchen derselbe über den Status des Streites, wie solcher in iure sich fixirt hatte, instruirt wurde; solche Instruction aber wird in dem ältesten Civilprocesse einestheils nicht durch den ius dicens, sondern durch den Kläger: in der causae coniectio dem Richter

ertheilt; und anderntheils wird jener Status der Streitfrage nothwendig durch die Legisaction: durch solenne Worte fixirt, deren es um deßwillen nothwendig bedarf, damit jene Instruction im Munde des Klägers diejenige Präcision und Bestimmtheit annehme, welche im Interesse der objectiven Wahrheit unentbehrlich war, Momente, welche wegen des Streites über die Preisbestimmung von res und fructus um so sicherer auf die leg. a. per iud. postul. als Form des obigen arbitrium hinweisen, als die Quellen für die Zeit der XII Taf. arbitria, als Prozeßverfahren außerhalb jener leg. a. überhaupt gar nicht kennen [1157]).

Und sodann wiederum stellen Keller § 16 cit., sowie Römer in Krit. Ueberschau 1855. II, 381 fg. den Satz auf, daß das arbitrium litis aestimandae ein nicht dem unterliegenden Vindicien-Besitzer, als vielmehr dem obsiegenden Kläger zuständiges Rechtsmittel gewesen sei, eine Aufstellung, die ihre Begründung wiederum durch den anderweiten Satz gewinnen soll, es sei bei Condemnation wegen anderer Rechtsansprüche, als auf baar Geld, die Reducirung der ersteren auf letzteres zum Zwecke der Execution, somit für Anstellung der leg. a. per man. ini. erforderlich gewesen. Denn, sagt in letzterer Beziehung Römer a. O. 382, die manus iniectio habe von jeher einen auf eine bestimmte Geldsumme lautenden Anspruch vorausgesetzt, daher zu deren Ermöglichung jeder Anspruch auf irgend ein anderes Rechtsobject nach gesprochenem Urtheile in eine bestimmte Geldsumme habe umgesetzt werden müssen. Und zwar habe Huschke, Recht des Nexum 13 A. 17 dargethan, daß das XII Tafelgesetz bei Gell. XX, 1, 45:

Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto.
Post deinde manus iniectio esto

wesentlich ein auf Geld lautendes Urtheil voraussetze, und Rudorff zu Puchta, Inst. § 179. s. habe diese Ansicht durch eine Reihe von Quellenbelegen unzweifelhaft gemacht.

Allein Huschke a. O. bietet durchaus nicht den Beweis jenes Principsatzes, als vielmehr nur die Deduction: der Wechsel von Genetiv und Ablativ in dem citirten Gesetze gebiete die Construction: aeris rebus iudicatis XXX dies sunto in dem Sinne: „für

1157) Wider Alles dies ergeben keine Gegengründe die Gestaltungen, in denen nach den XII Tafeln arbitria litis aestimandae auftreten.

baar Geld, welches, wenn die Sachen zu Recht abgeurtheilt sind, eintritt, sollen 30 Rechtstage sein." Solche Deduction Huschke's ist jedoch selbst völlig unhaltbar, weil einestheils diese Construction desselben eine durchaus unangemessene Redeweise den Decemvirn unterlegt, indem solchenfalls die Redewendung aeris iudicatis XXX dies sunto unendlich näher lag, anderntheils aber auch gar keine Veranlassung zur Annahme solcher grammaticalisch abnormen Construction vorliegt: denn den gleichen Wechsel von Genetiv und Dativ (nicht aber, wie Huschke annimmt, von Ablativus) bieten z. B. auch die lex (Thor.) agr. v. 643 in C. J. L. I no. 200 lin. 85: quam agri, aedifici, loci vectigalibusve publiceis fruendeis locandeis, vendundeis legem deixerunt, und die leges colonicae nach Sic Flacc. de cond. agr. 157, 13: qui agri delubris sepulchrisve publicisque solis, itineris, viae, actus, ambitus, ductusque aquarum — servierint: derselbe ist hier, wie dort durch euphonistische Rücksichten bestimmt.

Und wiederum von den von Rudorff citirten Stellen haben gar keine Beziehung zur obigen Frage Gell. XX, 1, 42 und Gai. III, 78, während von den anderen beiden Belegen zunächst Gai. IV, 2 Nichts beweist, weil Gai. die Formel der leg. a. per. man. ini. auf Grund ergangener iudicatio mit der auf Grund beschehener damnatio (A. 1160) combinirt und so nun geradezu genöthigt war, solche combinirte Formel auf baar Geld zu concipiren, in Folge des Umstandes nämlich, daß allerdings auf Grund der damnatio jene leg. a. nur dann gegeben wurde, wenn die confessio in iure selbst auf baar Geld gelautet hatte; und sodann wird ebensowenig etwas bewiesen durch die andere Stelle aus Liv. XXIII, 14, 3: edixit (sc. dictator M. Junius Perna anni 536), qui capitalem fraudem fausi quique pecuniae iudicati in vinculis essent, — — eos noxa pecuniaque sese exsolvi iussurum, da hier durch pecuniae iudicatum esse die privatrechtliche Vermögensverbindlichkeit im Gegensatz zu der criminellen Strafverhaftung als Grund der Fesselung gegenübergestellt ist, sonach pecunia gar nicht baar Geld bezeichnet, als vielmehr in der Bedeutung auftritt, die es allein im ältesten Rechte repräsentirt: von Vermögensstück, Vermögenswerth, Vermögen.[1158])

1158) Vgl. A. 239. Thl. II A. 152. Voigt, drei epigraph. Constitut.

Erweisen sich daher die Stützpunkte für jene Annahme, daß die leg. a. per man. ini. nur wegen Geldforderungen zulässig gewesen sei, als unhaltbar, so steht nun überdem auch dieselbe im directesten Widerspruche theils damit, daß wegen furtum manifestum, wie lance licioque conceptum jene leg. a. Platz griff,[1159]) obgleich doch diesfalls eine Geldforderung höchstens zufällig in Frage kam, theils aber auch mit dem Texte des obcitirten XII Tafelgesetzes selbst: denn in den Worten „aeris confessi rebusque iure iudicatis“ ist in der That ganz unzweideutig die Gegenüberstellung enthalten von Rechtsansprüchen auf baar Geld: aes und von Rechtsansprüchen im Allgemeinen: res und somit der Rechtssatz ausgesprochen, daß die leg. a. per man. ini., welche auf Grund der confessio in iure und der darauf ergehenden magistratischen damnatio eintritt,[1160]) nur wegen Geldforderungen Platz greift, während diejenige, welche auf Grund richterlicher iudicatio erhoben wird, irgend welcher qualitativen Beschränkung bezüglich des Objectes des Rechtsanspruches nicht unterliegt.

Hiermit aber fällt zugleich auch für die anderweite Annahme, daß das arbitrium litis aestimandae bei der leg. a. sacramento in rem dem Kläger zustehe, jeder Rechtfertigungsgrund hinweg, während im Uebrigen auch diese in directem Widerspruche steht mit den XII Tafeln selbst. Denn zuvörderst das letztbesprochene Gesetz: rebus iure iudicatis XXX dies iusti sunto; post deinde manus iniectio esto, besagt durchaus Nichts davon, daß zwischen die iudicatio und die manus iniectio noch eine litis aestimatio sich einschiebe, vielmehr wird im Gegentheil der Eintritt solcher litis

---

A. 58. So auch im Decrete des collegium trib. pl. v. 543: Liv. XXVI, 3, 8; in der lex Sempronia v. 561 und dem bezüglichen S. C.: Liv. XXXV, 7 (Beil. XII § XXXI); in der lex Cornel. sumpt. v. 637 (Beil. XIX A. 80): Gai. III, 124; in der lex Jul. repet. v. 695 bei Macer 1 Jud. publ. (D. XLVIII, 11, 7. pr.); lex Rubr. v. 705 c. 21, 22; lex Jul. mun. v. 709. II, 73; lex Falcid. v. 714 bei Paul. ad l. Falc. (D. XXXV, 2, 1. pr.); lex Jul. peculat. bei Ulp. 44 ad Sab. (D. XLVIII, 13, 1); in der technischen Bezeichnung leges de pecuniis repetundis; im Edicte de pecunia constituta in Dig. XIII, 5, 1. § 1; in der lex pabuli. hibern. vendund. bei Cat. RR. 149, 2; endlich häufig in der Litteratur.

1159) Gai. III, 189. Gell. XI, 18, 8. 9. XX, 1, 7.

1160) Vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 146.

aestimatio in jenem, im J. 303 abgefaßten Gesetze überhaupt noch gar nicht berücksichtigt, vielmehr lediglich in dem zuvor besprochenen, im J. 304 abgefaßten Gesetze über die Vindicien gleich als modificirende Ausnahme nachgetragen. Und sodann dieses letztere Gesetz selbst wieder: si vindiciam falsam tulit, si velit is, praetor arbitros tris dato, stellte den Antrag auf Einsetzung jenes arbitrium mit ausdrücklichen und völlig unzweideutigen Worten in das freie Belieben des Restitutionspflichtigen, keineswegs dagegen des Klägers. Ja diese letztere Anordnung trägt allein auch den Character des sachlich Angemessenen an sich: denn der Restitutionsempfänger hat doch durchaus kein Interesse, ein arbitrium litis aestimandae anzustellen, da ihm ja die Execution den Beklagten mit Leib und Vermögen in die Hand giebt und so ihm Alles überliefert, was an Capitalkraft der Letztere besitzt, wie in sich trägt, gleichgültig im Uebrigen, auf wie hoch oder niedrig der Rechtsanspruch des Ersteren seinem Geldwerthe nach sich stellt; wohl aber hat der Restitutionspflichtige dann, wenn er die Restitution zu leisten schlechterdings nicht mehr in der Lage ist, das allerdringendste Interesse, jenes arbitrium anzustellen, um nicht völlig hülf- und rettungslos der Execution seines Gläubigers, eventuell jedweder Erpressung desselben anheimzufallen, vielmehr mit einem Opfer von 100 % der res sammt fructus an den Gegner die Vernichtung seiner bürgerlichen Existenz abzuwenden.

Durch Alles dies aber gewinnt die obige Auffassung ihre Begründung, daß nach erfolgter iudicatio dem verurtheilten Besitzer des Prozeßobjectes die Anstellung eines arbitrium litis aestimandae in Form der leg. a. per iud. post. gesetzlich nachgelassen war, somit also nach der iudicatio die Sachlage im Allgemeinen in der Weise sich gestaltete, daß, dafern der Vindicienbesitzer gesiegt hatte, alles Prozeßverfahren ohne Weiteres sein Ende fand, dann aber, wenn der Vindicienbesitzer unterlegen war und die Restitution nicht leistet, einerseits dem Sieger ebenso wider Jenen die leg. a. per man. iniectionem, wie bezüglich der praedes litis vindiciarum die Imploration beim Prätor auf Vollziehung des wider die ersteren Platz greifenden staatsrechtlichen Executionsverfahrens zusteht, andererseits dagegen dem Besiegten und Restitutionspflichtigen zur Abwendung dieser Rechtsmittel des Siegers außer dem iudicium contrarium oder der actio revoca-

toria[1161]) auch das arbitrium litis aestimandae zukommt. Und dieses arbitrium ist dementsprechend auch dem praes litis vindiciarum, wie dem in der leg. a. per man. iniectionem eingetretenen vindex beizumessen.[1162])

Dagegen bei der leg. a. sacramento in rem der Kaiserzeit, wo an Stelle der praedum datio die satisdatio pro praede (A. 1314) Platz griff, galt, ebenso wie beim in rem agere per sponsionem, im großen Ganzen die gleiche Ordnung, wie zu entnehmen ist aus

Gai. IV, 89: si — in rem tecum agam, satis mihi dare debes; aequum enim visum est [te i]deo, quod interea tibi rem, quae an a[d] te pertineat dubium [est], possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere, ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas,[1163]) sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis;

und nur insofern trat eine Abweichung ein, als dem Sieger neben der a. iudicati auch noch die a. ex stipulatu wider den Unterliegenden, sowie anstatt der Imploration beim Prätor wider die praedes die a. ex stipulatu wider die sponsores zustand (vgl. § 84 a. E.), für die Letzteren aber wiederum in Folge dessen das Bedürfniß der Anstellung des arbitrium litis aestimandae ganz entfiel.

So daher überträgt die Uebernahme der Vindicien auf den Besitzer die unbedingte Verpflichtung zu dereinstiger Restitution von res und fructus für den Fall des Prozeßverlustes, eine Verpflichtung, deren Nichterfüllung ohne Weiteres die Execution nach sich zieht, es sei denn, daß der Besitzer durch Anstellung des arbitrium litis aestimandae und durch Zahlung des Duplum vom Preise der res, wie fructus an den Berechtigten von solcher Verbindlichkeit sich freikauft.

In solcher gesammten Ordnung der Dinge aber prägt sich auf das Reinste und Bestimmteste jene in § 77 dargelegte leitende Tendenz und Methode des rigor aus: indem die den Berechtigten

---

1161) A. 861. Vgl. Keller, a. O. A. 983.

1162) Diesem allein mißt jenes arbitrium bei Wetzell, Vind. Pr. 67.

1163) D. h. die Litisästimation auf sich nehmen, so z. B. Gai. IV, 75.

schädigende objectiv widerrechtliche Nichtrestitution der übernommenen Vindicien von dem Gesetze reprimirt wird, so wird dieselbe vor Allem nicht als einfache Widerrechtlichkeit, sondern als Civilprozeßdelict: als temeritas litigii behandelt und demgemäß lediglich auf solchen objectiven Thatbestand allein der Nichtrestitution, nicht aber auf den subjectiven Thatbestand einer Verschuldung: von Dolus oder von Culpa die gesetzliche Repression gestützt; und dementsprechend wird sodann mit jener Nichtrestitution die Verbindlichkeit zur Leistung nicht des Schadenersatzes, als vielmehr einer Geldstrafe: der poena dupli verknüpft, welche selbst nun das reipersecutorische Element eines Schadenersatzes in der Maaße vollständig absorbirt und deckt, daß die Frage wegen des vom Berechtigten wirklich erlittenen Schadens juristisch gar nicht zur Geltung gelangt; demzufolge ist daher die dem temere litigitans auferlegte Leistung durchaus unabhängig von dem in concreto erlittenen Schaden des Gegners, vielmehr wird dieselbe nach einem abstracten Maaßstabe quantificirt, so daß das richterliche Officium nicht die Eruirung jenes Schadens, als vielmehr lediglich die Eruirung der diesem Maaßstabe zu Grunde liegenden Summen-Einheit umfaßt, als welche selbst wiederum das pretium rei oder quanti res est: der Preis von res und von fructus gegeben ist.

Dahingegen den Untersätzen der aequitas, wie solche in § 75 dargelegt sind, steht jene Ordnung des rigor durchaus fern: der Gesichtspunkt der Verhinderung einer ungerechtfertigten Bereicherung kommt weder gegenüber dem Restitutionspflichtigen zur Geltung: denn dieser hat allen gezogenen Nutzungsgewinn zu restituiren, gleichgültig ob etwa die Früchte nach ihrer Production durch Zufall oder durch Negligenz desselben wieder untergingen, und andererseits hat derselbe auch wiederum lediglich den von der Lit. Cont. ab gezogenen Nutzungsgewinn zu restituiren, gleichgültig, welchen Gewinn derselbe aus dem Besitze des Vindicationsobjectes bis zur Lit. Cont.: bis zur datio praedum oder stipulatio pro praede etwa gezogen hatte; noch auch kommt jener Gesichtspunkt gegenüber dem Restitutionsberechtigten zur Geltung: denn dieser ist zum Ersatze von nothwendigen oder nützlichen Impensen, welche der Verpflichtete auf res oder auf fructus verwendete, nicht verbunden. Und ebenso ist jene Rechts-

ordnung unabhängig gestellt von den bezüglich der ungerechtfertigten Schädigung auf Seiten der aequitas maaßgebenden Kategorieen von Zufall und Verschuldung, von Dolus und Culpa: mit der Uebernahme der Vindicien ist die Verpflichtung zu deren Restitution im Falle der condemnatio unbedingt und unabweisbar verknüpft, mag nun durch Verschuldung des Pflichtigen oder durch unberechenbaren Zufall die zu restituirende res oder fructus vernichtet oder deteriorirt worden sein,[1164]) während wiederum die vorsätzliche Verweigerung der Restitution von Seiten des Pflichtigen dessen Haftung über das gesetzte Maaß des Duplum hinaus nicht steigert oder verschärft, so daß demnach derselbe in der Lage ist, durch Verweigerung solcher Restitution und Erlegung des Duplum der litis aestimatio wider den Willen des Berechtigten im Besitze des Vindicationsobjectes sammt omnis causa sich zu behaupten.[1165]) Daher wird denn auch für die Berücksichtigung und Cognition aller dieser Momente und für die Erledigung aller

---

1164) Vgl. A. 1151. Mit Unrecht folgert Wetzell, Vind. Pr. 19 aus Pseudo-Asc. p. 191 cit., daß der Vindicienbesitzer nicht für Zufall gehaftet habe. Die Unstatthaftigkeit solcher Folgerung ist bereits dargelegt von Sell, dingliche Rechte I², 298 A. ***; überdem aber ist solches argumentum e silentio aus einem Autor, wie Pseudo Asc. um so unstatthafter, als derselbe nicht den in solennen Worten verlautbarten Inhalt, als vielmehr nur den Zweck der betreffenden Rechtsgeschäfte mittheilt. — Gleiche Ordnung galt übrigens von Vorn herein sogar bei der formula petitoria: noch die Proculianer überwiesen das periculum des Vindicationsobjectes demjenigen, der die stipulatio iudicatum solvi geleistet hatte: A. 1579.

1165) Diese Thatsache wird besonders bekundet theils durch Justinian. im Cod. VI, 4, 4. § 4, theils durch den Vorgang bei Liv. XL, 29; im J. 573 waren nämlich im Felde des L. Petillius zwei Särge gefunden worden, deren einer die angeblichen Bücher Numa's enthielt; der Prätor Q. Petillius bat sich nun solche Bücher vom Lucius aus und behielt dieselben an sich unter der Erklärung: sese libros eos in ignem coniecturum esse; priusquam id faceret, se ei permittere, uti, si quod seu ius seu auxilium se habere ad eos libros repetendos existimaret, experiretur, und stellte damit dem Lucius den Rechtsweg oder die Intercession der Tribunen frei. Hierbei nun muß Quintus sicher gewesen sein, daß, wenn Lucius die rei vindicatio wählte und er selbst nach Uebernahme des Vindicien-Besitzes dessen Restitution verweigerte, ihn nicht die addictio traf, dafern er selbst nämlich das arbitrium litis aestimandae erhob und das Duplum der Aestimation dem Lucius zahlte.

daraus in concreto etwa zu ziehenden Consequenzen nirgends in der leg. a. sacramento in rem der geeignete Platz oder das erforderliche processualische Organ gewährt: denn der iudex d. h. die Cviri gab nur das präjudiciale Urtheil ab über Recht- oder Unrecht-Haben, ohne irgend wie eine meritorische Entscheidung über die Streitfrage und deren pecuniäre Regelung erlassen zu können; dagegen die arbitri litis aestimandae sind reine Taxatoren und lediglich berufen, die res sammt fructus ihrem quanti res est nach im Simplum zu würdern, während jede meritorische Entscheidung über die Restitutionspflicht an sich oder deren concrete Modificirung, Steigerung oder Minderung schlechthin der Competenz dieses Richters entzogen bleibt.[1166])

Und so läßt denn nun endlich auch jene Rechtsordnung die financielle, wie juristische Frage wegen der frustratio restituendi und der Restitution an einem nicht legalen Leistungsorte gänzlich unberührt: restituirt der Pflichtige innerhalb der dreißig Tage so res, wie fructus an irgend welchem Orte des Staatsgebietes, so erschöpft er damit die ihm obliegende Verpflichtung, ohne gehalten zu sein, für etwaigen Schaden, der dem Berechtigten dabei erwuchs, dem Letzteren Ersatz zu leisten. Dahinwiederum die verschuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte ist einerseits zwar gedeckt, andrerseits aber auch wiederum ihrer systematischen Stellung und Bedeutung beraubt durch die Ordnung, daß die gleichmäßige

1166) Selbst in der formula petitoria kommt der casus nicht in der pronuntiatio de restituendo, welche der iudicatio der obigen beiden Prozeßformen parallel ist, sondern erst in der iudicatio, welche dem obigen arbitrium litis aestimandae parallel ist (A. 976), zur Geltung und Berücksichtigung: der casus wendet nicht jene, sondern diese ab (A. 974). Allein diesen Effect gewinnt derselbe dadurch, daß bei der formula petitoria der Richter in der iudicatio nicht als reiner arbiter, sondern auch als iudex fungirt, somit nicht bloß ein taxatorisches sondern zugleich ein meritorisches Urtheil abzugeben berufen ist (A. 977), was bei den obigen Prozeßformen eben nicht der Fall ist. Dagegen die Impensen kommen bei der formula petitoria in der pronuntiatio de restituendo in Berücksichtigung und zwar in Folge des Umstandes, daß der iudex nicht mehr ein präjudiziales Urtheil abgiebt, wie die Cviri oder der Sponsionsrichter, sondern ein meritorisches Urtheil; und das Rechtsmittel sodann zur Geltendmachung der Impensen war von Vorn herein die exc. doli (83 unter C) somit ein Rechtsmittel, welches den früheren Zeiten ganz unbekannt war.

Verpflichtung den Schuldigen auch dann traf, wenn Zufall die Restitution vereitelt oder verkürzt hatte.

Dem gegenüber ist aber der leitende legislative Grundgedanke, der bei der obigen Rechtsordnung maaßgebend ist, in der Auffassung zu finden, daß es einem Pflichtgebote der dem pater familias obliegenden diligentia entspreche, bei eingetretener Eigenthumsverletzung unverweilt mit der Klage vorzugehen, ein Gesichtspunkt, der ja in gleicher Weise auch in der Setzung der so kurzen Usucapionsfristen sich ausspricht. Denn in der That, während die Verzögerung der Restitution des Vindicationsobjectes Seitens des Beklagten, welche es auf den Proceß ankommen läßt, ohne irgend welchen besonderen Nachtheil für Jenen ist, da derselbe nur die mit dem Kläger ihm gemeinsame Gefahr der poena iniusti sacramenti übernimmt, dagegen selbst bei Uebernahme der Vindicien nach Verlust des Processes lediglich das fremde Gut ohne weiteren Schadenersatz restituirt, so ist dagegen die Zögerung des Eigenthümers mit Anstellung der Vindication mit der größten Gefahr für diesen selbst verknüpft. Denn da nur an der existenten Sache die Vindication möglich ist, so ist derselbe durch den sei es zufälligen, sei es vom Beklagten verschuldeten Untergang des Vindicationsobjectes mit Verlust seiner Vindication bedroht, ohne irgend welchen anderen Schutz dagegen zu haben, als durch die aus einem etwaigen Delicte des Besitzers sich ergebende Delictsklage, und in gleichem Verhältniß trifft sodann auch den Eigenthümer die Gefahr der Deterioration des Vindicationsobjectes bis zu Anstellung seiner Klage. Und wie nun alle diese Momente ergeben, daß die unverweilte Anstellung der Vindication in der That als ein Pflichtgebot der diligentia patrisfamilias in ältester Zeit aufgefaßt sein mußte, so nun erklärt sich auch hieraus die obige Rechtsordnung: während einerseits durch alsbaldige Anstellung der Klage, namentlich bei der raschen Erledigung der Processe in ältester Zeit, der Eigenthümer erheblichere Vermögensverluste vermeiden konnte, so fand nun andrerseits die Gesetzgebung keine Veranlassung, für den Fall der Vernachlässigung jenes Pflichtgebotes der darin begangenen negligentia des Verletzten durch irgend welche demselben günstige Rechtsordnungen schützend und aushelfend beizustehen.

§ 97.

Fortsetzung.

B. Die stricti iuris actiones in personam der XII Tafeln.

Von den persönlichen Klagen der XII Tafeln stehen auf Seiten des rigor zunächst bezüglich des Princips der gebundenen richterlichen Cognition die lites oder die der leg. a. sacram. angehörigen Klagen; dahingegen bezüglich der Nichtanerkennung des Princips einer Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung theils die lites, theils gewisse Klagen der leg. a. per man. ini., somit in ersterer Beziehung die a. vadimonii deserti, depensi und auctoritatis, wie die Klagen aus dotis dictio,[1167]) nexum und lex mancipii,[1168]) an welche letztere dann späterhin

1167) Wegen der a. vadimonii deserti vgl. A. 218; Karlowa, Civ. Pr. 324 fg. überweist dieselbe in Widerspruch mit Gai. IV, 21. 22 und ohne allen Grund der leg. a. per man. ini. — Wegen der a. depensi vgl. A. 294 und § 78 unter 3 d; durch die lex Publilia v. 427 (Beil. XIX A. 76) ward sie der leg. a. per man. ini. überwiesen. — Wegen der a. auctoritatis vgl. A. 1198. — Wegen der Klage aus dotis dictio vgl. A. 217.

1168) Bei nexum, wie mancipatio liegt die solenne nuncupatio ebenso dem dans, wie dem accipiens ob: A. 67. Dies ergeben zahlreiche Zeugnisse auch bezüglich des mancipio dans insbesondere, so z. B. Cic. de Off. III, 16, 67: hoc in mancipio Marius non dixerat; de Orat. I, 39, 178: neque servire quandam earum aedium partem in mancipii lege dixisset; Proc. 6 Ep. (D. L, 16, 126): si quum fundum tibi darem, legem ita dixi: „Uti optumus maximusque" esset; Gai. I, 123: a parentibus (i. e. qui mancipio dant) et a coemptionatoribus (i. e. qui mancipio accipiunt) iisdem verbis mancipio accipiuntur, quibus servi. Durch die lex mancipii konnten nun der dans, wie der accipiens obligatorische Verpflichtungen übernehmen, so z. B. der dans die Garantie eines bestimmten modus agri: Lab. bei Paul. 2 Quaest. (D. XIX, 1, 42. s. bei. A. 1185), oder zuständiger Servitutenrechte: Alf. 4 Dig. ep. (D. XVIII, 1, 40. § 1): in lege fundi aquam accessuram dixit, oder der Servitutenfreiheit: Jnstr. fid. in C. J. L. II no. 5042 lin. 1 fg.: fundum, — uti optumus maxumusque esset, — mancipio accepit, und andererseits wiederum der accipiens z. B. die Verpflichtung zur Zahlung des creditirten, durch vadimonium zu sichernden pretium oder auch zur Zahlung eines vectigal von dem mancipirten fundus: Plin. Ep. VII, 18, 2: agrum — mancipavi; eundem vectigali inposito recepi, wozu vgl. Cic. de leg. agr. III, 2, 9., zur Zahlung des Damnationslegates: A. 1169, die Verpflichtung durch lex ut remancipetur (d. i. pactum fiduciae): Gai. I. 140 und 172: ea lege mancipio dedit, ut remancipetur,

die a. legati aus dem Damnationslegate durch die Interpretatio angeschlossen wurde,[1169]) sowie in letzterer Beziehung die a. iudi-

Justin. im Cod. VI, 4, 4. § 25, wie durch lex ut manumittatur, Beides insbesondere bei adoptio und emancipatio, letztere aber auch in noch anderen Fällen: Voigt, Cond. ob caus. A. 642 und dergl. m. Die Klage aus solcher lex mancipii, ausgenommen aus dem pactum fiduciae, wo die fidei clausula die Klage den arbitria überwies: A. 1265, unterfällt ebenso wie die Klage aus dem nexum der leg. a. sacr.: Cic. de Orat. I, 38, 173 (A. 1305), 39, 179 (A. 463), vgl. Paul. sent. rec. II, 17, 4 u. a. m., sowie A. 869, wogegen die Annahme der leg. a. per man. ini. bei Keller, Civ. Pr. A. 253 aller Begründung entbehrt. Und ebenso unwahr ist das Princip, daß die Auferlegung einer Verbindlichkeit in der Form von damnas esto den Werth und Effect einer richterlichen Condemnation habe, indem vielmehr dasselbe widerlegt wird zunächst durch die Klagen, welche auf einem legislatorischen damnas esto beruhen: a. leg. Aquiliae: Beil. XIX § II unter 3, Cic. p. Rosc. Com. 18, 54. Plin. H. N. IX, 59, 182, Pseudo-Quint. Decl. 13. 385. Exc. p. 396. Burm., sowie Klage aus c. V der lex colon. aus den Zeiten der Republik in den Agrimensoren S. 264 (worüber vgl. Voigt in Ber. d. sächs. Ges. d. Wiss. hist. phil. Cl. 1873. S. 59 fg.), wo wegen der mittelst damnas esto auferlegten Pflicht für den Fall ihrer Verletzung eine richterliche condemnatio in Aussicht gestellt wird, und wo sonach das damnas esto um deßwillen den Werth und die Bedeutung einer richterlichen Condemnation nicht haben kann, weil ja andernfalls dieselbe um der Unstatthaftigkeit einer doppelten iudicatio de eadem re (Keller, Civ. Pr. § 71) die wirkliche richterliche iudicatio ausschließen würde, — eine ganz einfache, bereits in Beil. XIV A. 22 ausgesprochene Consequenz, welche jetzt nun auch bestätigt wird durch die lex col. Juliae Genet. c. 125. 126. 128—130, wo bezüglich aller sieben Klagen das Gesetz lautet: sestertium *x* colonis coloniae — dare damnas esto eiusque pecuniae, qui eorum volet, recuperatorio iudicio apud II virum — actio, petitio, persecutio – esto, somit also das damnas esto ein iudicium recuperatorium zur Folge hat. Dazu gesellen sich dann noch die Klagen, welche durch ein privates damnas esto vermittelt werden: a. legati sinendi modo: Gai. II, 213, a. legati per damnationem: Capito bei A. 1174 u. a. m. vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 148. Wie überhaupt das Dictum des Privaten: damnas esto zum Werthe eines Richterurtheiles, das selbst gar nicht einmal so lautet, kommen soll, dafür wäre doch vor Allem erst die staatsrechtliche Möglichkeit zu deduciren!

1169) Die Klage aus dem Damnationslegat ward von Born herein begründet durch testamentum per aes et libram, somit durch lex mancipii zwischen testator und familiae emtor (Leist, B. P. I, 147) und ward erst längere Zeit nach Ausbildung dieses Testamentes durch die Interpretatio geschaffen, wie theils Gai. II, 102, theils die Quellen in A. 870 ergeben. Diesfalls aber konnte dieselbe nur an die Klage aus lex mancipii interpretativ ange-

cati und die a. damnati aus confessio in iure,[1170]) zu denen dann später noch die durch jüngere Gesetze solcher Proceßform überwiesenen Klagen aus Quasicontracten treten.

Zunächst nun bei den lites, indem solche in die Form der leg. a sacramento sich einkleiden, greift die gleiche in § 96 für die leg. a. sacramento in rem hervorgehobene eigenthümliche Bestimmung und Begränzung des richterlichen Officiums Platz, daß, indem dem iudex nur darüber ein Urtheil freigegeben war: utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit (A. 1150), nicht aber demselben die Ermächtigung ertheilt war, eine direct die streitige Rechtsverbindlichkeit betreffende Condemnatoria: Aulo Ag. a Numerio Neg. x dari iubeo auszusprechen, demgemäß auch hier das Richterurtheil jenen durchaus präjudicialen Character an sich trug, direct ausschließlich nur auf das Recht- oder Unrechthaben an sich der Parteien beim sacramentum sich zu richten. Und wenn nun auch solche Entscheidung insoweit noch einen über jene Präjudicialfrage hinausgreifenden meritorischen Effect hat, als durch das Urtheil über das Unrechthaben beim sacramentum zugleich implicite eine Entscheidung über das Unrechthaben bei dem streitigen Rechtsfalle selbst, wie resp. über sonstige poena temeritatis gegeben war, so bleibt doch wiederum die Tragweite solchen meritorischen Effectes durchaus beschränkt auf jene Frage allein der nackten Zuständigkeit an sich des obligatorischen Anspruches oder resp. des entsprechenden Verpflichtetseins des Beklagten, ohne irgendwie einen Anhalt zu geben für eine weitere Entwickelung etwaiger öconomischer Consequenzen, welche aus jenem Recht- oder Unrechthaben an sich in concreto für die Parteien sich ergeben, indem hierfür wiederum die solennen Legisactionsworte allein des Klägers resp. unter Zurechnung der

---

lehnt und somit deren juristischen Naturelles theilhaft gemacht (A. 870), demgemäß aber auch nur der leg. a. sacr. überwiesen werden. Die Annahme der leg. a. per man. ini., welche Keller, Civ. Pr. A. 253, wie ich selbst noch in Cond. ob. caus. A. 185 ausgesprochen, ist irrig: A. 1168. In Bezug auf Cic. p. Rosc. com. 4, 13. 5, 14. insbesondere ist maaßgebend, daß die leg. a. sacr. durch die lex Aebutia nicht aufgehoben ward (§ 106), daher zu Cicero's Zeit die obige Klage noch nicht condictio, sondern lis war. Im Uebrigen vgl. noch § 135.

1170) Wegen letzterer Klage vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 146.

poena temere litigantis maaßgebend waren. Mit Einem Worte: das Richterurtheil beschränkt sich auch insoweit, als demselben eine meritorische Bedeutung zukommt, durchaus nur auf die pure Rechtsfrage an sich in Bezug auf Forderung und obligatorische Verbindlichkeit, ohne irgendwie eine Entscheidung hinsichtlich des Quale oder Quantum solcher Verbindlichkeit für den concreten Fall zu bieten. Für eine Entscheidung daher der mannichfachen That- und Rechtsfragen, wie solche bei den bon. fid. actiones bedingt wird durch eine Berücksichtigung und Relevanzerklärung der zahlreichen Fälle von ungerechtfertigter Schädigung oder Bereicherung in Contracts- oder Quasicontracts-Verhältnissen, für die Bemessung somit des modificirenden Einflusses, welchen alle diese Thatbestände in concreto auf die Obliegenheit des Beklagten nach Quale und Quantum etwa ausüben könnten, wie überhaupt für eine Wahrung und Salvirung der durch den Proceß etwa berührten Interessen des Letzteren; für Alles dies fehlt dem Sacraments-Richter ebenso die Competenz zur Cognition, wie auch die Form amtsmäßiger Kundgebung des Urtheiles, daher denn auch allen jenen Thatbeständen eine juristische Relevanz schon um deßwillen nicht beigemessen sein konnte, weil das Recht kein richterliches Organ gewährt, welches die aus einer Relevanz jener Thatbestände sich ergebenden besonderen Consequenzen berufsmäßig zu ziehen, zu fixiren und zu verlautbaren gehabt hätte.

Alle jene Momente erhalten aber auch im Einzelnen eine historische Bestätigung. Denn zunächst die Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte ward zuerst in dem folgenden Zeitabschnitte durch das Edict De eo quod certo loco legislativ bei stricti iuris a. geregelt und verpönt (§ 119).

Sodann die Rechtsordnung der mora solvendi gelangte erst in den bon. fid. actiones und auch hier nur schrittweise zur Ausbildung, indem anfänglich die Mora und die Vereitelung der Solution als einheitlicher Thatbestand aufgefaßt und geregelt wurden (A. 1371); und erst in der zweiten Periode erfolgte eine auch dann nur beschränkte Uebertragung jener Wirkungen auf die stricti iuris a.: nicht aller Wirkungen, sondern nur gewisser, nicht auf die certi, sondern nur auf die trit. cond., von Vorn herein nicht allseitig, sondern nur Seitens der Proculianer (§ 137). Und

dem entsprechen die der älteren Jurisprudenz entlehnten, für die a. legati per damn. maaßgebenden Sätze bei

Gai. II, 260: legatorum — usurae (sc. si heres moram solutionis fecerit) non debentur;

Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 7): si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit.[1171])

Dann wiederum bezüglich der mora accipiendi ist maaßgebend, daß dieselbe in der Kaiserzeit beim Damnationslegate nicht ipso iure, als vielmehr ope exc. doli mali zur Geltung gelangt (A. 1679):

Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 3): si cui homo legatus fuisset et per legatarium stetisset, quominus Stichum, quum heres mancipio dare (Trib.: tradere) volebat, acciperet, mortuo Sticho exceptio doli mali heredi proderit;

Pomp. 6 Ep. (D. XXXIII, 6, 8): si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit, quominus accipiat, — legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram eius damnum passus sit heres;

Marcell. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. pr.): qui X debet, si ea obtulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit; etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset; quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse.[1172])

1171) Wegen der Modification beider Sätze in der Kaiserzeit s. § 186.

1172) Der zweite Theil dieser Stelle lautet: et sane si servus erat in dote eumque obtulit maritus et is servus decessit aut numos obtulit eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso iure desinet teneri. Da nun Marcell. im ersten Theile die mora accipiendi durch exc. doli zur Geltung kommen läßt, im letzten Theile dagegen: bei der dos ipso iure, so folgere ich daraus, daß in beiden Theilen verschiedene Rechtsverhältnisse besprochen

Denn da ein der exc. doli mali entsprechendes Rechtsmittel dem Legisactionenproceß fehlt, so ist daraus zu entnehmen, daß hier die mora accipiendi entweder völlig effectlos war oder einen Effect durchaus verschiedener Beschaffenheit hatte. Und da das Erstere nicht denkbar ist, indem es den Gläubiger in die Lage versetzt hätte, nach seinem Belieben den Schuldner zum Depositar der res debita unter strengster Verhaftung für solche zu machen, so ist die Annahme berechtigt, daß das namentlich von Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3) für die emtio vend. bekundete und an sich dem ältesten Rechte conforme Verfahren der denuntiatio an den Gläubiger und der nachfolgenden Dereliction aus dem Rechte der XII Taf. stamme. Diesfalls daher ergab sich bei mora accipiendi ein zwiefaches Verhalten für den Schuldner: entweder es erließ derselbe an den Gläubiger eine denuntiatio (A. 224), die Aufforderung zur Vornahme des Solutionsgeschäftes enthaltend, im Falle von deren Nichtbeachtung er befugt war, der res debita durch Dereliction oder bei Geldschulden durch depositio in aede sacra sich zu entäußern und so sich zu liberiren (§ 86 unter I B 4), oder aber derselbe beruhigte sich bei der mora, welchenfalls nun dieselbe juristisch effectlos war d. h. in Nichts die dem Schuldner obliegende Verbindlichkeit veränderte.

Ferner die verschuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte wird bei den stricti iuris actiones der XII Tafeln dadurch völlig irrelevant, daß die dem Schuldner obliegende Leistungspflicht denselben unbedingt vinculirt in der Maaße, daß einerseits die casuelle und somit unverschuldete Unmöglichkeit der Solution denselben von jener seiner Verbindlichkeit nicht befreit, während andrerseits wiederum die Verschuldung solcher Nichtleistung durch Dolus oder Culpa solche Verbindlichkeit nicht modificirt oder steigert, somit aber

---

waren (anders Mommsen, Beitr. I, 307. A. 37); und da die im ersten Theile statuirte Ordnung harmonirt mit der bezüglich des Damnationslegates anderweit bezeugten Ordnung, so folgere ich daraus, daß in jenem Theile von diesem Legate gehandelt war. — Vgl. auch Paul. 24 ad Ed. (D. XLV, 1, 73. § 2) und dazu A. 1217. — Endlich nicht dem Gesichtspunkte der mora, sondern des dolus malus ordnet sich unter Gai. 30 ad Ed. prov. (D XLIV, 4. 6); anders Mommsen, a. O. — Im Uebrigen vgl. A. 1687.

solche Verschuldung einer Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution juristisch ohne allen Effect verbleibt und in Folge dessen auch die betreffende Contracts- oder Quasicontracts-Klage der speciellen Verwendbarkeit als Ersatzklage wegen der so herbeigeführten Schädigung entbehrt.[1173]). Jene für die stricti iuris actiones des XII Tafelrechtes gültige Rechtsordnung selbst aber hinsichtlich der unbedingten Haftung des Schuldners auf Solution der contractlich oder quasicontractlich obliegenden Leistung tritt in den uns überlieferten Quellen insbesondere noch bei der a. legati aus dem Damnationslegate zu Tage, wo von Vorn herein der Erbe und Legatsschuldner unbedingt zur Solution des Legates verpflichtet war, auch wenn die betreffende Leistung aus irgend welchem Grunde ohne dessen Verschuldung demselben unmöglich war. Denn diese Ordnung bekundet sich zunächst in dem auch noch von der späteren Rechtswissenschaft inconsequenter Weise (s. § 135) festgehaltenen Rechtssatze, daß der Erbe, dem die Solution einer res aliena vom Testator auferlegt ist, auch dann zu solcher verpflichtet bleibt, wenn der Eigenthümer jener res deren Veräußerung verweigert und somit durch Zufall die Solution unmöglich gemacht wird:[1174])

Capito bei Lab. 2 Post. (D. XXXII, 1, 30. § 6): si aedes alienas, ut dares damnatus sis neque eas ulla condicione

---

1173) Diese Rechtsordnung in Verbindung mit der im Obigen dargelegten Ausschließung des Richters von jedweder meritorischen Entscheidung in dem Prozesse weist mit Bestimmtheit darauf hin, daß, dafern die Klagen aus dotis dictio, lex mancipii und Damnationslegat auf eine certa res non fungibilis oder auf ein incertum sich richteteten, dem verurtheilten Beklagten gleich wie bei der vindicatio ein arbitrium litis aestimandae freigegeben war, welches ihm ermöglichte, durch Zahlung des Duplum der Taxe die Execution abzuwenden und welches zugleich im Falle der infitiatio des Beklagten bei Klage aus lex mancipii oder Damnationslegat den Summenansatz der certa res non fungibilis ergab, nach dem die von ihm zu leistende poena dupli ziffermäßig sich fixirte. Dies wird überdem bekundet dadurch, daß solches arbitrium litis aestim. bei der in Form der leg. a. sacram. eingekleideten a. repetundarum legis Calpurniae, wie Juniae sich vorfindet: Voigt, Cond. ob caus. 236 fg.

1174) Diese Rechtsordnung ward auch auf das Singularfideicommiß übertragen: Ulp. 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 11. § 17); vgl. im Allgemeinen § 136. Wegen der späteren Theorien s. § 135.

emere possis, aestimare iudicem oportere, quanti aedes sint, ut pretio soluto heres liberetur;

Gai. 1 Fideic. (D. XXXII, 1, 14. § 2): si cui legatum relictum est, ut alienam rem redimat vel praestet, si redimere non possit, quod dominus non vendat vel immodico pretio vendat, iustam aestimationem inferat; Inst. II, 198: si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum rem abalienaverit, — ipso iure debeatur legatum; § 202: aliena res legari potest, ita ut heres [rem] redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat; vgl. § 262.

Ulp. 51 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 3): si aliena res legata sit negetque dominum eam vendere, — — aequissimum est — concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare;

J. Just. II, 20, 4.

Und sodann ist jene Rechtsordnung auch noch zu erkennen, theils aus der singulären Ordnung bezüglich der condicio impossibilis beim Legate, welche, als nicht gesetzt behandelt, von der Verbindlichkeit zu dessen Zahlung nicht liberirt (§ 135), theils aus dem obcitirten Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 3), insofern diese Stelle, indem sie der mora accipiendi den Effect beimißt, bei später eingetretener Unmöglichkeit der Solution ope exceptionis die Klage zu elidiren, auf eine Theorie hinweist, wonach ohne Concurrenz solcher mora accipiendi der Debitor durch die casuelle Unmöglichkeit von der Solutionspflicht nicht liberirt wird. Hierdurch allenthalben aber begründet sich in der That bezüglich der Klagen des XII Tafelrechtes die Rechtsordnung, daß die später eingetretene casuelle Unmöglichkeit der Solution bei Contracten und Quasicontracten des strictum ius den Debitor von seiner Verbindlichkeit nicht liberirt, wogegen die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung allerdings Nullität der Obligation begründet, wie dies bekundet wird hinsichtlich des Damnationslegates von

Auct. ad Her. I, 15, 25: si quis ex testamento quod facere iussus sit, ex plebiscito vetetur, wozu vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 9;

Ulp. XXIV, 9: liber homo aut res populi aut sacra aut

religiosa nec per damnationem legari potest, quoniam dari non potest; 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 8—10), 5 Disp. (D. XXX, 1, 75. § 2), 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108. § 10);

Diocl. im C. Just. VI, 37, 14; J. Just. II, 20, 4.

Dann wiederum die Irrelevanz von dolus malus oder vis in ihrer Einwirkung auf die Willensbestimmung des Mitpaciscenten, wie der Benutzung vom error in der Willensbestimmung des Letzteren ergiebt sich schon als einfache Consequenz aus dem im ältesten Rechte herrschenden Principe des verbum (§ 13. 14. 52), dem entsprechend denn auch zu allen Zeiten der stricti iuris a. die Verwendbarkeit als a. de dolo oder quod metus causa versagt blieb, das stricti iuris negotium dagegen regelmäßig unempfindlich gegen den error in der Willensbestimmung verbleibt.[1175]

In Bezug auf die reticentia aber versieht die stricti iuris a. zu keiner Zeit die Function einer Ersatzklage wegen der dadurch verursachten Schädigung, indem vielmehr noch in der Kaiserzeit ausschließlich der bon. fid. a. solche Aufgabe überwiesen wird. Denn dafern dem stricti iuris negotium, so der Stipulation, wie der Mancipation oder in iure cessio ein zur Ansage der Fehler verpflichtender bon. fid. contractus unterliegt, so bleibt nun die aus dem letzteren sich ergebende Verbindlichkeit zur Ersatzleistung wegen des durch die reticentia verursachten Schadens selbst dann noch in Kraft und Wirksamkeit, wenn jenes stricti iuris negotium eine Novation vermittelt, wie die Stipulation, oder doch mit eigener Klage bewehrt ist, wie die lex mancipii, und gelangt so nun nicht durch die betreffende stricti iuris a., als vielmehr durch die bon. fid. a. oder resp. durch die ädilicischen Klagen zur Geltendmachung.[1176]

Dann wiederum, was die Bereicherung vermittelst eines pecuniär indifferenten Erwerbmodus mit vitiöser causa anbetrifft,

---

1175) Durchaus singuläre Ausnahmen treten lediglich innerhalb der Sphäre des S. C. Macedon. und Vellaean. auf. Vgl. Voigt im Archiv f. civil. Prax. LIV, 200 fg.

1176) Diese Ordnung, wird bekundet bezüglich der Mancipation: constit. veterum bei Cic. de Off. III, 16, 65 fg. de Orat. I, 39, 178. Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39); wie bezüglich der Stipulation: Schilling, Inst. § 293. s fg. vgl. Voigt, a. O. 204.

so entspricht es der Structur des ältesten Rechtes, wonach die solennen Rechtsgeschäfte in ihrer juristischen Existenz und Wirksamkeit völlig unabhängig gestellt sind von dem Vorhandensein oder der Beschaffenheit einer ihnen unterliegenden causa (A. 1181 fg.), daß zu keiner Zeit die stricti iuris a. gleich der bon. fid. a. die Function einer cond. ob causam übernahm.

Und endlich dann die richterliche Berücksichtigung der von dem Debitor auf die res debita aufgewendeten Impensen oder des von demselben mittelst der res debita erworbenen lucrum erfordert in dem Legisactionenprocesse eine besondere bezügliche Ermächtigung, welche, durch die aequi et boni clausula dem Richter gewährt und das characteristische Merkmal des arbitrium bildend (§ 102), bei allen übrigen Klagen mangelte und somit dem iudex schlechthin versagt war. Und solche Ordnung blieb auch noch in dem Formularprocesse in Geltung, ebenso was die Impensen betrifft, obwohl hier unter gewissen Beschränkungen (A. 1666), als auch bezüglich der omnis causa, wo solches bezüglich des Damnationslegates bekundet wird von

Paul. 3 ad Sab. (D. XXX, 1, 23): si quis bonorum partem legaverit, sine fructibus restituitur;

Gord. im C. Just. VI, 47, 4: in legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis sequuntur, sive in rem, sive in personam agatur;

vgl. Gai. 18 ad Ed. prov. (D. XXXV, 2, 73. § 4): quantum — — heres lucraturus est ex fructibus vel usuris; [1177])
Paul. 2 Man. (D. XLVII, 2, 85). [1178])

1177) Dagegen Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1 f. § 83 unter C 1. § 84 unter II), Paul. sent. rec. III, 6, 46 und dergl. betreffen das Vindicationslegat. Sonstiger Gewinn, den der Erbe bei Gelegenheit der eingetretenen Unmöglichkeit der Prästation des Legates macht, kommt nach der obigen Theorie, wo der Schuldner unbedingt auf Solution verhaftet bleibt, gar nicht in Frage, ist aber auch nach der späteren Theorie nicht zu restituiren: A. 1659. Gleiche Rechtsordnung ward auch auf das Singularfideicommiß übertragen, so bezüglich fructus, partus ancillae und sonstigen Nutzungsgewinnes: Nerat. bei Paul. 14 Resp. (D. XXXII, 1, 14. § 1), Scaev. 22 Dig. (D. XXXII, 1, 41. § 10. XXXIII, 5, 21), Paul. 14 Resp. (D. XXXV, 2, 24. § 1, 2), Gordian. im C. Just. VI, 47, 4. — Dagegen auf die voluntas testatoris stützen sich die Entscheidungen von Pegas bei Pomp. 3 ad Qu. Muc. (D. XXXI, 1, 43. § 2); Scaev. 22 Dig.

Solche negative Haltung des strictum ius gegenüber den bezüglichen Positionen der aequitas steht nun aber, was die Klagen aus solennen Rechtsgeschäften insbesondere betrifft, in Harmonie mit der hier herrschenden verbi ratio (§ 32). Denn indem dieses Princip, das solenne Wort ebenso zur wesentlichen Form, wie zum rechtsverbindlichen Elemente des Rechtsactes erhebend, als rechtsverbindliche Geschäftsdisposition nur das in solennen Worten Verlautbarte anerkennt und insoweit daher solchem Worte ebenso die unbedingte, wie die alleinige verbindende Kraft beimißt, so daß einerseits die aus dem solennen Worte sich ergebende Verbindlichkeit durch Momente, für welche in der Wortfassung des Geschäftes nicht vorgesehen war, nicht modificirt oder aufgehoben wird, wie andrerseits die nicht in solennen Worten verlautbarten Momente Rechte oder Verbindlichkeiten nicht zu begründen vermögen; indem somit jenes Princip in positiver, wie negativer Richtung die Willensdisposition des solennen Actes beherrscht; so entspricht nun diesem Principe wiederum die Maxime, daß auch die lex publica einer Normirung der nicht in solennen Worten verlautbarten thatbeständlichen Momente sich enthielt. Und hieraus wiederum ergiebt sich nun für das solenne Rechtsgeschäft das anderweite Princip, daß der Gehalt der durch das Rechtsgeschäft begründeten Rechte und Pflichten durch die lex privata allein, nicht aber durch die lex publica bestimmt

---

(D. XXXIII, 1, 21. § 2), Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. § 3), während wiederum bei Pomp. 1 Fideic. (D. XXXII, 1, 16) die Entscheidung daraus sich erklärt, daß die alluvio und insula in flumine nata als ein physisch nicht ablösbarer Bestandtheil des Hauptgrundstückes angesehen ist. — Vgl. Mommsen, Erörter. I, 36. A. 20. S. 40. A. 26. S. 41. A. 27. — Bezüglich des Universalfideicommiß war ein Rescript des Anton. Phil. ergangen: Gai. 2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 63. § 5), Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. pr.), vgl. 19 Quaest. (D. XXXVI, 1, 54), auf Grund dessen die obige Rechtsordnung nur bezüglich der fructus, nicht bezüglich anderer omnis causa galt; vgl. Mommsen, a. O. 38. A. 23. Marcell. 15. Dig. (D. XXXVI, 1, 44. § 1) sowie § 146. — Die Minderjährigen insbesondere erhalten durch Sept. Sev. bei Geldfideicommissen ein Zinsprivileg: Ulp. 5 Fideic. (D. XL, 5, 26. § 1), vgl. Mommsen, Beitr. III, 120 fg. — Endlich in der nächsten Periode greift hier die Uebertragung der mora solvendi modificirend ein: § 136 a. E.

1178) Vgl. dazu Mommsen, Beitr. I, 303. A. 30.

werde: der solenne Wortlaut allein des Rechtsgeschäftes ergiebt die maaßgebende Norm für Bestimmung und Bemessung von Inhalt, wie Umfang der Befugnisse und Verbindlichkeiten, ohne daß das Gesetz des Staates hierein maaßgebend eingriffe, daher es denn Sache der Paciscenten ist, für diejenigen Vorkommnisse und Verhältnisse vorzusehen, aus denen eine Vermögensschädigung des Betreffenden zu befürchten stand, namentlich aber ebensowohl für die mannichfachen Fälle einer Einwirkung von Zufall oder Verschuldung, von Vorsatz oder Fahrlässigkeit auf die geschäftlichen Verhältnisse durch bezügliche Vertragsbestimmungen Vorsorge zu tragen,[1179]) als auch bezüglich der res debita deren substantiellen Gehalt exact zu präcisiren, daher auch besonders zu verlautbaren, dafern als res debita außer der res principalis auch noch eine Accession derselben zu leisten ist, welche nicht mechanisch integrirender, vielmehr ohne äußere Verletzung von jener ablösbarer Bestandtheil derselben ist.[1180]) Die Geltung an sich aber solchen Principes in Bezug auf das solenne Rechtsgeschäft ist theils mit indicirt in den beiden, S. 51 allegirten XII Tafelgesetzen: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto und: uti legassit, super pecunia tutelave, suae rei, ita ius esto, theils manifestirt sich dieselbe in folgenden, besonderen Consequenzen:

a. in der Unabhängigkeit der alten solennen Rechtsgeschäfte von der Existenz einer ihnen unterliegenden causa;[1181])

1179) Vgl. § 104. Eine Ausnahme hiervon ergiebt die mit der Mancipation ipso iure verknüpfte Haftung für Eviction; allein höchst characteristischer Weise wird solche Verbindlichkeit nicht mit der Klage aus der lex mancipii, sondern mit einer eigenen Klage: der a. auctoritatis geltend gemacht.

1180) Der Rechtsordnung, daß innerhalb des Vertragsrechtes die omnis causa, wie z. B. fructus separati nicht ipso iure vom Debitor zu leisten ist, ward beim dinglichen Rechte derogirt durch den Rechtssatz, daß derjenige, der die Vindicien übernimmt, von da ab auch die omnis causa mit zu leisten hat: § 96. Eine weitere Ausnahme ergiebt die gesetzliche Vorschrift, daß die an der Pforte eines Hauses aufgehängten Spolien eines triumphator untrennbare Pertinenz von jenem sind: Becker, Gallus I A. 10.

1181) So der mancipatio: S. 317; Leist, Mancipation § 3, Voigt, Cond. ob caus. A. 481; der in iure cessio: Leist, a. O. § 8; und ebenso auch der rei vindicatio: Voigt, a. O. A. 482. Gleichem Gesetze folgt auch die Stipu-

b. in der Unabhängigkeit der alten solennen, accessorischen Rechtsgeschäfte von der Existenz einer principalen Obligation; [1182])

c. in der Unabhängigkeit der alten solennen Rechtsgeschäfte von der Qualität der ihnen unterliegenden causa; [1183])

---

lation und Acceptilation: Heimbach, Creditum 288 fg., Savigny, Obl. Rt. § 78. Girtanner, Stipulat. 290 fg. Voigt, a. O. § 67. A. 481; wie die condictio: Voigt, a. O. A. 482. Den Gegensatz bildet die traditio: A. 917.

1182) So des receptum argentarii: Justinian. im Cod. IV, 18, 2. pr.: secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur (sc. ab argentario, qui debitum recepit) et si quid non fuerat debitum; der sponsio und fidepromissio: Gai. III, 119: illi (sc. sponsor et fidepromissor) quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit; at illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur; und so zweifelsohne nun auch der vadimonii promissio. Den Gegensatz bilden die accessorischen Rechtsgeschäfte jüngeren Datums: die fideiusso, das constitum debiti, die hypotheca und pignoris datio: A. 1627 fg.

1183) Diese ergiebt sich daraus, daß die bezüglichen Rechtsmittel: die cond. ob causam und die exc. doli jüngeren Datums sind: § 120. Was die turpis causa insbesondere betrifft, so unterliegt dieselbe einfach den Nachtheilen, welche der Verletzung der bürgerlichen Sitte drohen: § 40. Dagegen bei iniusta causa treten die gesetzlichen Folgewirkungen allein der Rechtsverletzung ein: bei lex imperfecta, wie minus quam perfecta theils etwaige improbitas oder Infamie, wie z. B. bei der lex Valeria v. 454 nach Liv. X, 9, 5., theils eine exceptio wider die Klage auf Verwirklichung des gesetzwidrigen Thatbestandes, wie z. B. bei lex Cincia, Furia testamentaria, Voconia, Falcidia und bei S. C. Pegasianum, theils resp. eine Geldstrafe, wohingegen eine Nullitäts- oder Rescissionsklage wider den bereits verwirklichten gesetzwidrigen Thatbestand nicht ertheilt ward: Voigt, Cond. ob Caus. § 39. 67 unter 2, Danz, R. G. § 140 A. 5; bei lex perfecta, wie plus quam perfecta dagegen greift außer jenen Rechtsfolgen auch noch eine Nullitäts- oder Rescissionsklage zur Beseitigung des bereits verwirklichten gesetzwidrigen Thatbestandes Platz. Ganz andere Ansichten trägt vor Karlowa, Civ. Pr. 348 fg., wonach rescindere bei Ulp. fr. § 1. 2 nicht die Rescission des Rechtsgeschäftes bezeichnen soll, während dies doch die regelmäßige Bedeutung des Ausdruckes ist, vielmehr die Nullität allein bezeichnen soll, während hierfür doch ganz andere Ausdrücke technisch sind (A. 1224, Voigt, a. O. A. 487); und wonach wiederum die lex imperfecta gerade keine exceptio, wohl aber eine Rescissionsklage ertheilte, so daß demnach der angeblich Berechtigte die Realisirung des rechtswidrigen Anspruches durch die bezügliche Geschäftsklage und eventuell durch a. iudicati

d. in der Unabhängigkeit der alten solennen Rechtsgeschäfte von einem Vermögensinteresse, welches der Promissar an der promittirten Leistung hatte,[1184]) welche im Besonderen sich ausprägte

e. in der Unabhängigkeit der stricti iuris actio des XII Tafel-

---

herbeiführen kann, ohne das Entgegentreten einer exc. befürchtenzu müssen, und dann nun nach beschehener Realisirung jenes Anspruches der Condemnirte eine Klage auf Rescission der vollzogenen Solution hat. Es bleibt nur zu beklagen, daß Karlowa ebenso jeden Nachweis der historischen Wirklichkeit solchen wunderlichen Rechtszustandes für entbehrlich erachtet, als auch bei seinen Deductionen den Begriff selbst der lex imperfecta und perfecta gänzlich verliert: denn perfecta ist von Vorn herein diejenige lex, welche ihre Uebertretung durch actio oder accusatio mittelst sanctio legis sichert, während der imperfecta lex solche sanctio fehlt: Zell, röm. Epigraphik II § 86 und dazu lex repet. im C. J. L. I no. 198 lin. 55: nisi de sanctione huius legis actio ne e[sto], sowie Göttling, funfzehn röm. Urk. 22. Erxleben, Lehrb. I, 126 — somit im diametralsten Gegensatze zu Karlowa's neuer Theorie. Nicht minder auffällig ist das von demselben seiner Hypothese unterbreitete Argument: weil S. Aelius die Legisactionen in eine neue Sammlung zu practischem Gebrauche zusammenstellte, so kann es damals keinen Formularproceß, folglich keine exc. leg. Cinciae gegeben haben; denn da kann man ja doch ebenso gut folgern: weil Gai. die leg. a. sacramento in rem in practischem Gebrauche behandelte, kann es damals keine formula petitoria gegeben haben. Im Uebrigen steht jene Ansicht mit den Quellen selbst in Widerspruch: denn einerseits ist die lex Cincia de donis et muneribus von Vorn herein sicher lex imperfecta, und andrerseits ist nicht minder sicher, daß deren Verbot der Anwaltshonorare nicht durch jene lex, sondern erst durch August mit einer Klage bewehrt ist: Dio Cass. LIV, 18. vgl. Zumpt, Crim. Pr. 94 f.

1184) Dieser Satz hat sich in der Jurisprudenz der Kaiserzeit bei der Stipulation auf certa pecunia allein noch in Geltung erhalten: Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 3. § 1): non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subjecta sit, nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit; (D. XLV, 1, 38. § 17. Jnst. Just. III, 19, 19): poenam — quum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quae sit quantitas; Modest. 6 Reg. (D. IV, 8, 38); vgl. Mommsen, Beitr. II, 21. A. 13. Cohnfeldt, Interesse § 9. Bei den übrigen Rechtsgeschäften ist jener Satz aufgegeben worden: A. 1747. Allein auch in jener ersten Beziehung ist der fragliche Satz von der Kaiserzeit nicht neu eingeführt, als vielmehr im älteren Rechte vorgefunden und beibehalten worden, wo derselbe von Alters her bei allen solennen Rechtsgeschäften Geltung hatte.

rechtes von dem Umstande, ob die in der Nichterfüllung des betreffenden Rechtsgeschäftes belegene Rechtsverletzung eine Vermögensschädigung des Gläubigers involvire oder nicht. Denn dieser Grundsatz wird noch bekundet durch

Lab. bei Paul. 2 Quaest. (D. XIX, 1, 42): si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusque pronuntiaverit et ita utrumque uno pretio mancipio dederit (Trib.: tradiderit) et alteri aliquid desit, quamvis in altero exsuperet, forte si dixit unum C iugera, alterum CC habere, non proderit ei, quod in altero CCX inveniuntur, si in altero X desint;

wozu vgl. Jul. 7 Dig. (D. XIX, 1, 22);

indem in diesem Falle, wo der Verkäufer 100 iugera Weinland und 100 iugera Waldboden oder Wiese durch die lex mancipii zugesagt, in Wirklichkeit aber 110 iugera Weinland und 90 iugera Wald oder Wiese geleistet hat, Labeo dahin entscheidet, daß wegen nicht eingehaltener lex mancipii die diesfallsige Klage begründet sei, trotzdem daß der Gläubiger eine Vermögensschädigung gar nicht erlitten hat, da ihm an Stelle der fehlenden 10 iugera Wald oder Wiese ein Surplus von 10 iugera weit werthvolleren Weinlandes geleistet worden ist [1185]).

Gleichwie es daher die Sache eines Jeden war, dafür Sorge zu tragen, daß seine Rechtsacte in correcter: in der legalen, wie in der seiner Willensbestimmung adäquaten und congruenten Form verlautbart werden (A. 391), so nun auch ist es der geschäftlichen Vor- wie Umsicht des Interessenten: der diligentia patrisfamilias anheimgegeben, selbst durch die Redaction vom Wortlaute des Geschäftes: durch das eigene legem dicere (Beil. XXI A. 210) Vorsorge zu treffen wider ungerechtfertigte Schädigung durch den Mitinteressenten, sei dies bezüglich der mora solvendi oder der Solution an einem gegebenen Orte, sei es bezüglich des Zufalles oder aber der Verschuldung, wodurch eine Vereitelung oder Be-

1185) Paul. selbst giebt wider die Klage exc. doli, beifügend: rectius est in omnibus suprascriptis casibus lucrum cum damno compensari et si quid deest emtori sive pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri; vgl. A. 832, sowie Birkmeyer, Exceptionen 196 fg., der jedoch das Eingreifen des Mancipations-Rechtes übersieht.

einträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte herbeigeführt wird, sei es bezüglich der reticentia, sei es endlich bezüglich der causa des Rechtsgeschäftes oder bezüglich der Impensen oder omnis causa: es fallen, mit einem Worte, alle diese Momente der lex privata, nicht aber der lex publica anheim.

Und solcher Anforderung entsprechend verfuhr denn nun in der That auch der röm. Geschäftsverkehr; denn so finden wir, wie durch die Dispositionen der Rechtsgeschäfte selbst Vorsorge getragen und somit Bestimmung getroffen wird für den Fall der mora solvendi;[1186]) nicht minder wird vereinbart, daß der Zufall und welche besondere Vorkommnisse des Zufalles von der Haftung wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte entbinden[1187]) oder andrerseits daß eine Haftung wegen Nichterfüllung des Vertrages nur dann eintreten solle, wenn dolos dessen Erfüllung vereitelt worden ist[1188]); so-

---

1186) Plaut. Curc. III, 90: cave in te sit mihi mora, wozu vgl. wegen mora noch Poen. III, 1, 6. IV, 2, 30. Lex oleae legundae und faciundae bei Cat. R. R. 144, 3. 145, 1 und dazu Bell. XXI A. 196. Lex vini in doliis vendundi bei dems. 148, 1: quot dies per dominum mora fuerit, quominus vinum degustet, tolidem dies emptori procederet; vgl. Sent. Minuc. v. 637 in C. J. L. I no. 199 lin. 27: quod per Genuenses mora non fiat, quo setius eam pecuniam accipiant; lex. repetund, in C. J. L. I no. 198 lin. 69: quaestor moram (sc. pecuniae solvendae) nei facito.

1187) Sô Alf. 3 Dig. a. Paul. ep. (D. XIX, 2, 30. § 4): colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim; beim Vertrage über Entreprise des Seetransportes von fiscalischen Lieferungen im J. 537 nach Liv. XXIII, 49, 2: ut quae in naves inposuissent, ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent, wozu vgl. XXVI, 3, 10; dann auch im Militärstellungs-Eide nach Cinc. 3 de Re mil. (Gell. XVI, 4, 4): concipiebatur iusiurandum, ut adessent his additis exceptionibus: „nisi harunce quae causa erit: funus familiare feriaeve denicales, quae non eius rei causa in eum diem conlatae sint, quo is eo die minus ibi esset, morbus sonticus auspiciumve, quod sine piaculo praeterire non liceat, sacrificiumve anniversarium, quod recte fieri non possit, nisi ipsus eo die ibi sit, vis hostesve, status condictusve dies cum hoste". Ebenso zählen die XII Taf. II, 2 die einzelnen Vorkommnisse des Zufalles auf, welche als Excusationsgründe wegen Außenbleibens in iudicio gelten. Und solches Verfahren erklärt zugleich, daß der Zufall in abstracto im Civilrechte zurücktrat: A. 1149.

1188) So in der Fetialformel des foedus feriendum bei Liv. I, 24, 8: populus Romanus [Quir.], — si prior defexit (sc. foedere) publico consilio dolo malo.

dann wird auch wiederum durch besondere Clauseln der dolus malus (Arglist) ausdrücklich bei dem Rechtsacte ausgeschlossen und damit zu juristischer Relevanz erhoben, wie nicht minder auch wegen der Fehlerfreiheit des Objectes der entgeltlichen Veräußerung oder wegen dessen substantiellen Gehaltes besondere Vertragsvereinbarung getroffen worden [1189]); und endlich wird auch wiederum wegen gewisser Gegenforderungen Compensation vereinbart [1190]), oder auch die Erfüllung des Vertrages im Allgemeinen durch besondere Clauseln: wie bono modo, bene unter die Directive der boni mores (A. 1244) oder durch recte auf das boni viri arbitrium gestellt (Beil. XIX § III unter d). Hat nun aber der betreffende Paciscant die Aufnahme solcher sichernden Clauseln in das Rechtsgeschäft verabsäumt und somit, indem er wider die nachtheiligen Folgewirkungen sei es des Zufalles, sei es der durch den Mitinteressenten verschuldeten Schädigung nicht gehörig sich wahrte, eine negligentia begangen, so treffen ihn nun auch, gleichwie bei ungenügender Wortconception deren Folgen (S. 258 fg.), so hier bei der ungenügenden Geschäftsdisposition die daraus für ihn sich ergebenden Nachtheile, ohne daß das Gesetz hierbei irgend welche Veranlassung fände, zu Gunsten solcher geschäftlichen negligentia aushelfend oder schützend einzugreifen, es sei denn, daß die in der objectiv rechtswidrigen Verzögerung der Solution enthaltene Rechtsverletzung einen so flagranten Character an sich trage, daß ein besonderes legislatorisches Repressionsverfahren: die poena temeritatis dadurch veranlaßt werde. Und wie daher den Zufall derjenige zu tragen hat, den er trifft [1191]), so ist auch die-

---

1189) Beil. XIX § III unter B e und 1—4. — Freiheit von bestimmten Fehlern vereinbart in den leges venditionis pecoris bei Varr. RR.: Beil. XIX A. 48. — Auf den substantiellen Gehalt beziehen sich z. B. die Dispositionen über die ruta caesa: Varr. LL. IX, 60, 104. Cic. Top. 26, 100. Cic. Part. Or. 31, 107 u. a. m.

1190) Lex oleae legundae bei Cat. RR. 144, 2: reddet — aut [viri boni] arbitratu deducetur; § 3: resolvito aut viri boni arbitratu deducetur; quanti — locatum erit deducetur; in singulas deportationes sh. n. II deducentur; lex oleae faciundae bei Cat. RR. 145, 1: pro eo resolvito aut deducetur; § 2: in singulas sumpsiones sh. n. XL deducentur; § 3: quae eius pars erit, omne deducetur; viri boni arbitratu deducetur.

1191) Vgl. Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23): animalium casus mortes-

jenige vom Mitinteressenten verschuldete Schädigung hinzunehmen, welche unbeschadet des Wortlautes des Rechtsgeschäftes von Jenem dem Anderen zugefügt ward. Und wie hier, so tritt auch noch in manichfachen anderen Consequenzen solcher leitende Gesichtspunkt in dem ältesten Rechte maaßgebend zu Tage, so namentlich in dem causa cadere, in den Folgen der minus petitio, der prozessualischen Consumtion durch litis contestatio und den sonstigen Fällen des Rechtsverlustes aus prozessualischen Gründen, wo, im Falle der Concourrenz eines error, die spätere Zeit, die in integrum restitutio gewährte [1192]); und dann wiederum in den Rechtssätzen, daß durch in iure cessio hereditatis die Nachlaßforderungen erlöschen, während die Nachlaßschulden bei dem Cedenten verbleiben [1193]), oder daß die obligatio ipso iure erlischt, wenn sie in einem debitum peculiare an den Gewaltuntergebenen besteht und dieser ohne Concession das peculium manumittirt oder emancipirt wird [1194]) oder endlich, daß bei den condictiones von Alters her die Solution zwischen Litiscontestation und Urtheil juristisch effectlos ist (§ 138).

Und sodann, während der vis durch vis zu begegnen Sache des Mannes ist [1195]), so fällt es nun wiederum der geschäftlichen diligentia anheim, wider dolus malus des Gegners oder wider den eigenen error durch genügende Orientirung sich zu sichern, oder den Aufwand solcher Impensen zu vermeiden, deren Rückerstattung nicht vorgesehen ist [1196]), oder endlich im Falle der mora solvendi sofort Klage zu erheben und so nun bei der raschen Erledigung der Prozesse in ältester Zeit einen durch die Mora bedingten Verlust durch zeitweilige Entziehung vom Besitze des Klagobjectes auf das Maaß des Geringfügigen zu beschränken.

---

que, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

1192) A. 1636. 1638. 1640.

1193) Gai. II, 35. 36. Ulp. fr. XIX, 14.

1194) Jul. 44 Dig. (D. XLI, 4, 7. § 2).

1195) Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 2, 4. pr.), Florent. 1 Jnst. (D. I, 1, 3), Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 27); vgl. Thl. I, 337.

1196) Denn: de se quaeri debet, qui sciens in rem alienam impendit: Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38. pr.).

So daher bewahrt das älteste strictum ius gegenüber dem Principe einer Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung insoweit eine durchgehends negative Haltung und steht somit in dem in § 79 dargelegten, rein contradictorischen Gegensatze zu den betreffenden Positionen der aequitas: es bieten im Besonderen die XII Tafeln keine allgemeinen Normativbestimmungen für den Fall solcher ungerechtfertigten Vermögensschädigung eines Interessenten in contractlichen oder quasicontractlichen Rechtsverhältnissen, geleitet hierin durch den Gesichtspunkt, daß es die Sache des diligens paterfamilias ist, sich durch Vorsicht, wie Umsicht gegen solche ungerechtfertigte Schädigung sicher zu stellen, namentlich aber durch sorgliche Dispositionen bei Abschluß von Rechtsgeschäften für derartige Schädigung vorzusehen. Allein gleichzeitig tritt das XII Tafelrecht auch in einen conträren Gegensatz zu der aequitas, indem es deren Sätzen gewisse Normen gegenüberstellt, welche, selbst zwar von durchaus verschiedenen leitenden Gesichtspunkten ausgehend und bestimmt, dennoch Parallelordnungen zur aequitas ergeben und an deren Stelle einzutreten berufen sind. Und dies wiederum ist der Fall in zwei verschiedenen Punkten: theils bezüglich der dem mancipio dans ipso iure auferlegten Haftung für Eviction, theils bezüglich gewisser hierher behöriger Fälle der temeritas litigii.

Denn was zunächst den ersteren Punkt betrifft, so verknüpfen die XII Tafeln die Verpflichtung zur Haftung für Eviction mit dem dinglichen Eigenthumsübertragungs-Geschäfte: mit der Mancipation[1197]) und dies zwar in kategorischer Maaße, somit unabhängig von einer bezüglichen lex mancipii[1198]). Und indem so

1197) Nicht mit der in iure cessio: denn diese ist von Vornherein gar nicht Rechtsgeschäft: A. 36a.

1198) Beil. XXI § XIV unter 4. Namentlich aus Plaut. Pers. IV, 3, 55 fg. ergiebt sich mit absoluter Zweifellosigkeit und Bestimmtheit, daß die Evictionshaftung mit der Mancipation als unbedingte Folge verknüpft und nicht von einer bezüglichen lex mancipii abhängig ist: denn dort wird die Mancipation überhaupt abgelehnt, weil die Evictionshaftung nicht übernommen werden soll (vgl. A. 1375); dies aber hätte gar keinen Sinn, wenn diese Haftung auf lex mancipii beruhte, da diesfalls nur die letztere, nicht aber die Mancipation im Allgemeinen abzulehnen war. Und ebenso greift nach Varr. R.R. II, 10, 5 die stipulatio duplae vel simplae nur dann

das strictum ius jene Haftpflicht ganz correct an das dingliche Rechtsgeschäft mit seinem hunc ego hominem ex iur. Quir. tuum esse aio anknüpft, da ja die Eviction gar nicht in den obligatorischen Nexus zwischen Veräußerer und Erwerber, als vielmehr in das Rechtsverhältniß des Eigenthümers gegenüber seinem auctor eingreift, wogegen die aequitas inconsequenter Weise mit dem obligatorischen Vertrage jene Haftung verbindet, so ist nun diese letztere Ordnung auch zu keiner Zeit in die Sphäre des rigor übergeleitet worden, indem hier vielmehr jene älteste Ordnung in Bestand sich behauptete, der gemäß somit die Evictionshaftung ipso iure Platz greift und durch eine specielle Klage: die a. auctoritatis geltend gemacht wird, sodann von allen dinglichen Rechtsgeschäften mit der Mancipation allein sich verknüpft, hier aber endlich in thesi durchaus nicht auf die entgeltliche Veräußerung allein sich beschränkt, sondern auch bezüglich des nummus unus der unentgeltlichen Veräußerung Platz greift[1199]).

Dagegen eine poena temere litigantis von 100 % des Pro-

Platz, wenn keine Mancipation vollzogen wird, was wiederum nur so sich erklärt, daß letzteren Falles eine Vereinbarung solcher Haftung, weil ipso iure eintretend, überhaupt ausgeschlossen ist. Vgl. auch Cic. Top. 10, 45. p. Mur. 2, 3. Paul. sent. rec. II, 17, 1. 3. Krüger, krit. Vers. 55 fg. Schon die Verschiedenheit der a. auctoritatis wegen Eviction und der Klage auf Erfüllung der lex mancipii ergiebt jene Ordnung. Ungenügend begründeten Widerspruch erhebt Karlowa, r. Civ. Pr. 75. A 2. Vgl. auch Danz, R. G. § 123.

1199) Leist, Mancipation § 32 behauptet das Gegentheil, ohne dasselbe zu erweisen. Im Uebrigen ist allerdings zu unterscheiden zwischen der theoretischen Ordnung und der practischen Gestaltung der Verhältnisse: dort war der mancipio dans, der ein Werthobject für den nummus unus veräußerte, im Evictionsfalle verpflichtet, diese 21 Pfennige zurückzuzahlen, und es wird kein Gesetz genannt, welches diese normale Ordnung aufzuheben für werth erachtet hätte; hier dagegen fiel die Evictionsklage hinweg, weil die Rückzahlung solcher Bagatelle sei es nicht gefordert, sei es nicht verweigert wurde. So erklärt sich auch, daß man die mancipatio nummo uno da wählte, wo man die Haftung de auctoritate vermeiden wollte, da solches eben der practische Effect von jener war: vgl. Krüger, krit. Vers. 53 fg. Dafür daß in der Kaiserzeit etwa die Rechtswissenschaft jene Evictionshaftung bei mancipatio nummo uno auch in thesi negirte, scheinen die Belege zu fehlen, da die Stellen bei Schilling, Inst. § 361 ff. auf den Fall der Tradition, nicht aber der Mancipation ex causa donationis sich beziehen; immerhin aber ist dies möglich, obgleich nicht wahrscheinlich, da mit solchen Minutien die Theorie schwerlich sich abgab. Vgl. A. 1552.

zeßobjectes griff Platz wegen iniusta actio suscepta Seitens des Beklagten im Falle der a. auctoritatis (A. 860), sowie wegen iniusta infitiatio Seitens desselben im Falle der Klage aus dem Nexum, aus lex mancipii und Damnationslegat auf certum (A. 868—870), sowie wohl der a. depensi (A. 1167). Denn diese poena, indem sie nicht gleich der poena iniusti sacramenti gleichmäßig beide Parteien, vielmehr lediglich den Beklagten allein bedroht, bekundet damit die Inhärenz eines reipersecutorischen Elementes (§ 77), und zwar eines Schadenersatzes von pönaler Qualification und mit pönaler Steigerung, der, wenn auch von vollständig anderem systematischen Gesichtspunkte bestimmt, als innerhalb der aequitas, doch, wegen objectiv rechtswidriger Verzögerung der Solution Platz greifend, als Stellvertreter des rein reipersecutorischen Schadenersatzes der Letzteren wegen mora solvendi eintritt. Allein andererseits sind es wiederum nicht alle stricti iuris actiones des XII Tafelrechtes, bei denen solche poena temeritatis Platz greift, indem vielmehr nur die flagrantesten und für die Sicherheit des geschäftlichen Lebensverkehrs bedrohlichsten Fälle in solcher Weise reprimirt werden, wohingegen darüber hinaus der rigor weder eine poena temeritatis, noch eine andere Rechtsordnung aufstellt, welche, analog der aequitas, die stricti iuris actiones mit der Function von Schädenklagen bekleidete.

Dahingegen tritt wiederum in jenen poenae temeritatis die in § 77 dargelegte Tendenz und Methode des rigor deutlichst zu Tage: das vermögensschädigende Verhalten, insoweit es überhaupt reprimirt ist, wird nicht als einfache Widerrechtlichkeit, sondern als Civilproceßdelict: als temeritas litigii behandelt und somit lediglich auf den objectiven Thatbestand der Verzögerung der Solution durch iniusta actio, wie infitiatio, nicht aber zugleich auf den subjectiven Thatbestand einer Verschuldung die Repression gestützt; demgemäß wird sodann mit dem reprimirten Thatbestande eine poena dupli verknüpft, welche das reipersecutorische Element des Schadenersatzes vollständig in sich aufnimmt und absorbirt; daher ist fernerweit der wirklich erlittene Schaden des Klägers irrelevant für die dem Beklagten obliegende Leistung, die vielmehr schlechthin nach jenem abstracten Maaßstabe des duplum bemessen wird; und endlich liegt solchem duplum als Einheit zu Grunde nicht die utilitas des Verletzten, als vielmehr das pretium oder

quanti res est, sei dies pretium mancipationis, wie bei der a. auctoritatis, sei es pretium rei, wie bei den poenae iniustaei n-fitiationis.

Endlich wiederum die der leg. a. per man. ini. angehörigen actiones iudicati, wie damnati aus confessio in iure unterfallen nicht minder den Gesetzen des rigor; und wie einerseits das Executionsrecht der XII Tafeln jedes Eingreifen der aequitas hier ausschließt, so tritt andrerseits auch hier eine poena iniustae actionis wider den vindex ein, der der leg. a. per man. ini. ein ungerechtes iudicium contrarium entgegenstellte (A. 865), auch hier daher mit einer duplio rei durch pönal qualificirten Schadenersatz die objectiv rechtswidrige Verzögerung der Solution reprimirend.

§ 98.

Fortsetzung.

C. Die condictiones der leges Silia und Calpurnia.

Die Proceßform der leg. a. per condictionem ist eine zwiefältige:[1200]) theils für die a. certae creditae pecuniae, für welche später die Rechtswissenschaft auch die Bezeichnung certi condictio, sowie, nach Proponirung eines Edictes über solche Klage, a. si certum petetur adoptirte, theils für die condictio triticaria, wofür eine Parallelbezeichnung niemals angenommen worden ist. Und zwar ward die erstere Proceßform durch die lex Silia von 311—329 eingeführt, während die letztere Legisaction durch die lex Calpurnia von 416—466 geschaffen worden ist. Dagegen ist für die incerti cond. niemals eine eigene Legisaction gegeben gewesen, obgleich dieselbe erweislich bis in die Zeit des Legisactionenprocesses zurückreicht: denn für die a. legis Aquiliae, welche in den meisten Fällen incerti ist, wird die Qualität als cond. auf das Zweifelloseste bekundet, während wiederum die lex Aquilia älter ist als die lex Aebutia. Vielmehr hat die lex Aquilia die von ihr constituirten Klagen, insoweit dieselben nicht certi cond. wider den Abstipulator waren, der leg. a. der lex Calpurnia überwiesen, so daß vom legislatorischen Gesichtspunkte aus

---

1200) Vgl. zu dem Nachstehenden Beil. XIX § I. II. VII.

die incerti cond. eine triticaria cond. war, deren Eigenthümlichkeiten zwar von der Wissenschaft zur Aufstellung eines eigenen genus actionis verwerthet, von der Legislation dagegen ebensowenig, wie später von dem prätor. Edicte[1201]) als Unterscheidungsmerkmal einer eigenen dritten Condictionengruppe anerkannt wurden.

Dahingegen die jenen beiden Legisactionen überwiesenen Klagen, insoweit solche dem gegenwärtigen Zeitraume angehören, sind, was die leg. a. legis Siliae betrifft, die Klage aus der Stipulation zunächst wohl nur über Gelddarlehen, welche durch die lex Silia selbst eingeführt und später auf andere Stipulationen über baar Geld extendirt[1202]) wurde, dann die Klage aus der Expensilation, welche durch die Interpretatio im J. 419—424 an jene angelehnt wurde, wie endlich die durch die lex Aquilia von 467 constituirte actio certae pecuniae wider den Adstipulator, der durch Acceptilation von certa pecunia ein damnum iniuria datum wider den Stipulator beging.[1203]) Dagegen der

1201) Vgl. wegen des honorar. Edictes Voigt, Cond. ob caus. § 43. Eine besondere Bestätigung bietet Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 1. pr.): qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur Si certum petetur; qui autem alias res, per triticariam condictionem petit. Et generaliter dicendum est eas res per hanc actionem peti, quae sint praeter pecuniam numeratam — —; quare fundum quoque per hanc actionem petimus — sive ius stipulatus quis sit, velut usumfructum; und dann wieder 22 ad Ed. (D. XLV. 1, 75. § 3): fundi certi si quis usufructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse. Dagegen für die justinianische Legislation ist allerdings die Trichotomie maaßgebend, weßhalb consequenter Weise die erstere Stelle hätte interpolirt werden müssen.

1202) Wie sehr in ältester Zeit insbesondere die Wetten durchaus nicht auf Prozeß und iudex, als vielmehr nur auf Schiedsrichter zugespitzt waren, beweist der Vorgang zwischen dem Tribun Verginius und dem App. Claudius im J. 305 bei Liv. III, 56, 4. 57, 5., wo der Zweck der Wette ausschließlich darin besteht, daß Verginius den Appius als Gesetzesverletzer und seine eigenen tribunicischen Maaßnahmen wider denselben als gerechtfertigt darstellen will, an irgend welches Prozeßverfahren dagegen gar nicht gedacht ist: Schwegler, r. Gesch. III, 87. A. 2, ja gar nicht einmal gedacht sein kann, da beide Parteien von aller Jurisdiction eximirt waren: Keller, Civ. Pr. A. 526, demnach aber mit jener Wette ganz zweifellos nur ein moralischer, nicht ein juristischer Effect beabsichtigt war.

1203) Gai. III, 215 sagt: qui pecuniam in fraudem stipulatoris ac-

leg. a. legis Calpurniae unterfallen die Klage aus der Stipulation über Darlehen von Getreide,[1204]) welche von der lex Calpurnia selbst geschaffen wurde, wie die anderweiten actiones legis Aquiliae.

---

ceptam fecerit, wo unter fraus nicht etwa Betrug, sondern Benachtheiligung zu verstehen ist; vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 112 fg. Im Uebrigen vgl. A. 775.

1204) Daß aus der Stipulation über Verlöbnisse das röm. Recht eine Klage und insbesondere eine incerti cond. weder im Legisactionen-, noch im Formularprozesse kannte, ist in Th. II A. 246. Beil. XIX A. 116 nachgewiesen, wozu ich hier noch Folgendes beifüge: Die Volksanschauung der älteren Römer stellte das Verlöbniß der Ehe gleich als Thatbestand der Begründung der Affinität und damit zugleich eines ethischen Verhältnisses zwischen den Betheiligten. Dementsprechend gehörten ebenso die Verlobten gleich den Gatten zu den exceptae personae der leges Cincia und Furia testam. und resp. lex Pompeia de paricidiis (A. 1824), wie auch das edict. perpet. infamia androht nicht nur demjenigen, welcher eine doppelte Ehe, sondern auch wider den, welcher ein doppeltes Verlöbniß eingeht, resp. als Gewalthaber bezüglich des Gewaltuntergebenen das zwiefache Verlöbniß vollzieht oder zur Eingehung der Ehe die Anordnung ertheilt: Dig. III, 2, 1. vgl. fr. 13. § 1. Und ebenso unterfallen diese Handlungen dem regimen morum der Censoren: Becker, r. Alterth. II, 2, 222 fg. In früherer Zeit griff jedoch dieses regimen morum auch wider die frivole Ehescheidung ein, wie dies bekundet wird durch das Vorkommniß v. J. 447 bei Val. Max. II, 9, 2. wozu vgl. Voigt, lex Maenia A. 65. Daraus aber ist zu entnehmen, ebenso daß das regimen morum auch wider frivole Auflösung des Verlöbnisses eingriff, als auch daß das Edict der ausgehenden Republik (A. 1412) die frivole Auflösung ebenso der Ehe, wie des Verlöbnisses mit Infamie bedroht hatte, diese Clauseln jedoch zur Zeit des überhand nehmenden Sittenverfalles und so namentlich bereits zu Varros Zeit im J. 709 fg. wieder ausgeschieden worden waren, eine Thatsache, die ebenso durch die lex Jul. mun. v. 709 lin. 110 fg. unterstützt wird, als auch, was die Verlobten insbesondere betrifft, der späteren Tendenz des honorarischen Edictes (A. 1852) entspricht. Und dies nun ist es, worauf hinweist Varr. L. L. VI. 7, 71: tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur d. h. in der früheren Zeit unterfiel die frivole Auflösung des Verlöbnisses ebenso dem regimen morum der censores, wobei censorium iudicium ad aequum existimabatur: Jarcke censor. Strafr. 108, wie dem edictum über die Infamie, wobei praetorium ius ad legem (i. e. edictum) existimabatur. Und so ist denn nun auch Plut. Cat. min. 7 (gegen Ende des 7. Jahrh.) von einer Denunciation bei den Censoren wegen frivoler Auflösung des Verlöbnisses zu verstehen; vgl. Jarcke, a. O. 105 fg. Daß endlich Varro, a. O. nicht auf eine röm. Verlöbnißklage hindeutet, ist mit absoluter Sicherheit daraus zu entnehmen, daß, wenn Varro, der nur en passant mit dem Verlöbnißrechte

Was nun die Stellung jener beiden Legisactions-Arten gegenüber den hier maaßgebenden Principien betrifft, so ist bezüglich des Principes der richterlichen Cognition das Verhältniß ein durchaus verschiedenes, insofern die leg. a. legis Calpurniae mit auf eine arbiträre (§ 103), die leg. a. legis Siliae dagegen lediglich auf eine gebundene richterliche Cognition gestellt ist. Denn indem bei letzterer Klage als deren characteristische Legisactions-Solennität die sponsio und restipulatio poenalis tertiae partis anzuerkennen ist,[1205]) so haben wir nun nothwendiger Weise das Richterurtheil als eine reine Präjudicial-Entscheidung aufzufassen, durch welche, parallel dem Urtheile der leg. a. sacram. über die Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit des sacramentum, der Richter in die summa sponsionis allein: in die tertia pars condemnirte,[1206]) woraus dann ohne Weiteres die materiellen Consequenzen des Recht- oder Unrechthabens bei dem zu Grunde liegenden Rechtsstreite sich ergaben, wie andrerseits auch wieder die Folgerung sich ableitete, daß die Zahlung des ursprünglichen Debitum zwischen Lit. Cont. und Urtheil den Beklagten nicht liberirte und dessen Condemnation nicht abwendete, vielmehr jenes erstere selbst eine Novation erlitt (§ 138). Und wie daher hiermit dem Richter jede meritorische Entscheidung bezüglich des der sponsio zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses entzogen war, so prägt nun in solchem Urtheile in der gleichen Maaße,

---

sich beschäftigte, eine solche gekannt hätte, dieselbe unfehlbar auch dem Serv. Sulpicius, als dem Zeitgenossen Varro's, und dem Nerat. bekannt gewesen wäre, die beide ex professo mit der Geschichte der Verlöbnisse sich beschäftigten, Beide aber von solcher Klage schlechterdings Nichts wissen.

1205) Vgl. Keller, Civ. Pr. A. 244, sowie insbesondere Cic. pr. Rosc. Com. 4, 10. 5, 14.: legitimae partis sponsio.

1206) Keller, a. O. 245. Diese Annahme wird auf das Beste begründet dadurch, daß zunächst jene präjudiziale Form des Urtheiles auf die summa sponsionis theils für die sponsio praeiudicialis des Formularprozesses ausdrücklich, theils für die sponsio poenalis dieses Prozesses implicite bezeugt ist durch Gai. IV, 93. 94., ebenso wie ja auch bei der Wette, welche nicht Prozeßorgan ist, der Entscheid nur auf die Wettsumme sich richtet; und daß sodann die Absolution des Beklagten nur in der Form einer condemnatio des Klägers in die tertia pars denkbar ist. Unbegründeten Widerspruch erhebt Karlowa, röm. Civ. Pr. 232 A. 1.

wie bei der leg. a. sacramento, das Princip gebundener richterlicher Cognition sich aus.

Sodann in Bezug auf das Princip einer Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung bekunden die Contractsklagen der leg. a. legis Siliae, wie Calpurniae zunächst eine Uebereinstimmung mit den lites in personam des XII Tafelrechtes ebenso in dem Systeme an sich des Proceßdelictes der temeritas litigii, als auch in der negirenden Haltung hinsichtlich der Verwendung der condictiones als Schäden- wie als Bereicherungsklagen in den Beziehungen, wo die aequitas den bon. fid. actiones solche Function überwies. Und zwar, was zunächst den letzteren Punkt betrifft,[1207]) so ist auf die condictiones zuvörderst die Theorie von der mora solvendi erst von Ausgang der Republik abwärts und selbst dies nicht einmal in allen Beziehungen übertragen worden (§ 119. 137). Und damit stimmt überein, theils daß die certi condictio nicht auf Verzugszinsen sich richtet: [1208])

Afr. 8 Quaest. (D. XIX, 5, 24): pecuniae — creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi; vgl. 3 Quaest. (D. XIII, 4, 8. a. E.);

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 4. pr.), der bezüglich der Stipulation Ephesi X dari besagt: quod si Ephesi petetur, ipsa sola summa petetur nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus; [1209])

1207) Vgl. im Allgemeinen Gai. III, 137: in his contractibus (qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.

1208) Ebenso insbesondere bei cond. ob caus. Paul. 16 Resp. (D. XXII, 1, 15): neque eorum fructuum, qui etc., usuras praestari oportere, neque eorum, qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur; Car. im C. Just. IV, 5, 1: usuras — eius summae praestari tibi frustra desideras; actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est; Diocl. das. IV, 7, 4: quoties accipientis, non etiam dantis turpis invenitur causa, licet haec secuta fuerit, datum condici tantum, non etiam usurae peti possunt; vgl. Paul. 5 ad Plaut. (D. XII, 5, 9. § 1) und Pomp. das. Vgl. § 137.

1209) Wegen des weiteren Zusatzes: vel si temporis utilitas intervenerit

Sev. und Carac. im C. Just. IV, 32, 3: usurae foenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt;
vgl. Paul. 9 ad Ed. (D. III, 5, 7);
theils daß bei der cond. triticaria die mora solvendi nicht die Verpflichtung zur Prästation der omnis causa begründet (§ 137):
Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 7): si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit;
theils endlich das Zeugniß der Quellen bezüglich der adpromissio insbesondere:
Scaev. 4 Quaest. (D. XXXVIII, 1, 44): mora fideiussoris nulla est;
Marcian. 4 Reg. (D. XXII, 1, 32. § 5): si fideiussor solus moram facit, non tenetur.[1210])

Sodann wider die Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte griff erst zu Ausgang der Republik das Edict de eo quod certo loco ein (§ 119), die Uebertragung der Rechtsordnung wegen Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae erfolgte erst in der Kaiserzeit (A. 1667), während wiederum zu keiner Zeit die condictio die Function übernahm einer a. de dolo oder quod met. c., entsprechend hierin den Gesetzen in § 13. 14. 52, oder einer Klage wegen reticentia (A. 1664) und ebenso die derselben zu Grunde liegenden Contracte regelmäßig unempfindlich blieben gegen den error in der Willensbestimmung (A. 1175).

Und nicht minder, was die Restitution der ungerechtfertigten Bereicherung betrifft, so haben die alten condictiones niemals, gleich der bon. fid. a., die Function der cond. ob caus. im Besonderen übernommen, wie ebensowenig den Ersatz der vom Debitor auf die res debita aufgewendeten Impensen (A. 1665) oder die Restitution des von demselben mittelst. solcher res

---

vgl. § 137. Dagegen ist die causa der Stipulation mit in Betracht gezogen bei der übereinstimmenden Entscheidung von Modest 8 Diff. (D. XXXIX, 5, 22).

1210) Es steht der Fall in Frage, wo nach der mora solvendi des adpromissor das Schuldobject ohne culpa in faciendo des debitor unterging. Die spätere Zeit statuirte diesfalls entweder a. utilis: Marcian. 4 Reg. cit. Paul. 37 ad Ed. (D. XLV, 1, 49. pr.) oder gab direct den obigen Rechtssatz auf: Pomp. bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 4).

erworbenen lucrum (A. 1659) mit inbegriffen.[1211]) Und dies wird auch, was den letzteren Moment betrifft, bestätigt durch den obcitirten Paul. 6 ad Plaut., sowie durch

Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 1): si emtor vacuam possessionem tradi stipulatus sit et ex stipulatu agat (sc. incerti condictione), fructus non venient in eam actionem, quia et qui fundum [mancipio] dari stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intelligitur; nec tamen fructuum praestatio ea stipulatione continetur neque rursus plus debet esse in stipulatione, sed ex emto superesse ad fructuum praestationem.[1212])

Endlich in Bezug auf die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte stimmen das XII Tafel- und das Condictionen-Recht insoweit überein, als res fungibilis geschuldet wird, insofern diesfalls dem Debitor die unbedingte Haftung für das Schuldobject auferlegt ist, eine Ordnung, welche auch für die mutui datio beibehalten ward nach Gai. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 4), Diocl. im C. Just. IV, 2, 11. J. Just. III, 14, 2.

Was dagegen den ersteren der obigen beiden Punkte betrifft, so manifestirt sich eine Uebereinstimmung mit der im XII Tafelrechte herrschenden Methode darin, daß dort, wie hier das vermögensschädigende Verhalten des Debitor: die objectiv rechtswidrige Verzögerung der Solution als temeritas litigii behandelt und somit ebenso unabhängig von dem subjectiven Thatbestande einer Verschuldung gestellt, wie auch sachlich als Incidentpunkt mit der Klage wegen des Hauptanspruches verknüpft ist, der Schadenersatz selbst aber mit der poena temeritatis zur einheitlichen Vermögensleistung verschmolzen wird, deren Betrag nicht nach der in concreto erlittenen Einbuße, als vielmehr nach einem abstracten Maaßstabe, sowie nach der Einheit des pretium rei im Gegensatze zur utilitas bemessen wird. Der objective That-

1211) Abweichend ist hierin die cond. ob caus.: A. 1669.

1212) Dagegen gehört nicht hierher Pap. 27 Quaest. (D. XXII, 1, 4. pr.) s. A. 1406. Im Uebrigen vgl. Mommsen, Beitr. I, 302 fg., Erörter. I, 114.

bestand selbst aber, welcher die temeritas litigii ergiebt, ist bei der condictio der lex Silia die iniusta sponsio und restipulatio poenalis, bei der condictio der lex Calpurnia dagegen die iniusta litiscontestatio (§ 78 unter 1b. 5).

Allein andrerseits treten neben jener zwiefältigen Uebereinstimmung auch wiederum in beiderlei Beziehung durchaus wesentliche Verschiedenheiten zwischen dem Condictionen- und dem XII Tafelrechte zu Tage. Und zwar, was zunächst das Princip der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung betrifft, so tritt zunächst der im Tafelrechte maaßgebenden Rechtsordnung einer unbedingten Haftung des Schuldners für Solution bei totaler oder partieller Unmöglichkeit derselben (§ 97) im Condictionenrechte der diametral entgegenstehende Rechtssatz gegenüber, daß der Debitor von nicht fungibeler Sache lediglich insoweit verhaftet ist, als durch seine eigene culpa in faciendo (active Verschuldung), nicht aber insoweit, als durch Zufall oder durch seine culpa in non faciendo (passive Verschuldung) oder durch seinen rechtmäßigen Vorsatz die Unmöglichkeit der vertragsmäßigen Solution herbeigeführt worden ist. Demgemäß haftet daher zunächst gegenüber der cond. tritic. der Promissor wegen Untergang oder Deterioration der nicht fungibeln res debita bis zur Solution für culpa in faciendo, somit für die dolos oder culpos herbeigeführte Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, insoweit solche durch dessen actives Verhalten: durch facere im Gegensatze zum non facere: dem omittere, wie pati herbeigeführt worden ist:[1213])

Jul. 52 Dig. (D. XLVI, 3, 33. § 1): qui Stichum aut Pamphilum dari promisit, si Stichum vulneraverit, non magis eum dando liberatur, quam si solum Stichum promisisset et a se vulneratum daret. Item qui hominem dari promisit et vulneratum a se offert, non liberatur;

Pomp. 9 ad Sab. (D. XLV, 1, 23): si — ex stipulatu hominem

1213) Diese Ordnung erleidet wesentliche Modificationen bei der cond. ob caus.: A. 1669 fg. Wegen der iurata promissio operarum vgl. A. 1065. Ganz gut bemerkt Göß, de cond. doctr. I, 40: diligentiae verbum nusquam in — condictionibus adhibitum inveni: es bleibt eben die Differenz von Dolus oder Culpa ganz irrelevant.

certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares; quod ita fit, si — occidisti eum;

Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28);

Ulp. 28 ad Ed. (D. XLVI, 3, 27): circa stipulationem —, si res tradita fuerit, quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est; utputa possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si ius quoddam cautionis supererit;

Paul. sent. rec. V, 7, 4: cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest ac si ea res exstaret. Ideo promissor aestimatione eius punitur; vgl. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. pr. § 1).

Dagegen haftet der Debitor nicht und wird vielmehr von seiner Obligation ipso iure liberirt, dafern die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte herbeigeführt worden ist durch Zufall, mag nun derselbe reines Naturereigniß oder nicht vertretbare Kraftäußerung eines Dritten[1214]) oder eines Thieres oder auch die unberechenbare Folge der Thätigkeit des Debitor selbst sein:[1215])

Sabin. bei Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 7): morte (sc. servi promissi) promissor liberetur; bei Jav. 2 Ep. (D. XLV, 1, 105);

Ped. bei Paul. cit. (D. cit. § 5): si stipulatus fuero ex fundo C amphoras vini, exspectare debeam, donec nascatur et, si natum sine culpa promissoris consumtum sit, rursum exspectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit;

1214) Vgl. hierzu Mommsen, Beitr. I, 302.

1215) Diese Liberation ist irreparabel: die Obligation wird durch die spätere Möglichkeit der Solution nicht redintegrirt: Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 5), 15 Quaest. (D. XLVI, 3, 98. § 8), ein Satz, der durchaus conform ist mit dem in A. 56 dargelegten. — Nicht minder macht die anfängliche Unmöglichkeit der promittirten Leistung die Stipulation inutilis d. h. ebenso wie den Contract des XII. Tafelrechtes (§ 97) nichtig und liberirt den Debitor ipso iure: Mommsen, Beitr. I, 113 fg.

Pomp. 2 Ench. (D. XLVI, 3, 107): verborum obligatio — naturaliter resolvitur — — veluti solutione aut quum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit; 25 ad Sab. (D. XLV, 1, 33), 9 Epist. (D. XLVI, 3, 92. pr.);

Pap. 28 Quaest. (D. XLVI, 3, 95. pr. § 1), 2 Def. (D. XLVI, 2, 28);

Ulp. 51 ad Ed. (D. XLV, 1, 51): is qui alienum servum promisit, producto eo ad libertatem, ex stipulatu actione non tenetur; sufficit enim, si dolo culpave careat; 47 ad Sab. (D. XLVI, 1, 8. § 8);

Paul. 5 ad Plaut. (D. XLIV, 7, 45): is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum — manumiserit et is, priusquam super eo promissor convenietur, decesserit, non tenetur; non enim per eum stetisse videtur, quominus eum praestaret; 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 1): si homo, qui fuit promissoris, ex praecedente causa ablatus ei fuerit, quod statuliber fuit, perinde habendus est, ac si alienum promisisset, quia sine facto ipsius desiit eius esse; 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 5); 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 5): cum quis rem profanam aut Stichum dare promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit, nec revocatur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit et Stichus ex libero servus effectus sit; 15. 16 Quaest. (D. XLVI, 3, 98. § 8. XVIII, 4, 21); vgl. 18 ad Ed. (D. XII, 2, 30. § 1);

Inst. Just. III, 19, 2;

sowie in Bezug auf den besonderen Fall, wo der Bürge die res debita vernichtete:

Nerat. und Jul. bei Pap. 3 Quaest. (D. IV, 3, 19): si fideiussor promissum animal — occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Nerat. Priscus et Jul. responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur;

ingleichen Afric. 7 Quaest. (D. XLVI, 3, 38. § 4), Pap. 28 Quaest. (D. XLVI, 3, 95. § 1), Paul. 6 ad Plaut. (D.

XLV, 1, 88), 37 ad Ed. (D. XLV, 1, 49. pr.), Marcian. 4 Reg. (D. XXII, 1, 32. § 5).[1216]

Nicht minder fällt die Haftung des Debitor hinweg, dafern die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution herbeigeführt wird durch culpa in non faciendo:

Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. pr.): si servum stipulatus fuero, — — si quidem occidat eum promissor, expeditum est; sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? considerantibus utrum — — culpae huius nomine tenetur, — — quum dari promisit, an culpa — — in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia, qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur;

oder durch ein rechtmäßig vorsätzliches Handeln:

Marc. 12 Dig. (D. XLV, 1, 96): qui servum mihi ex stipulatu debebat, si in facinore eum deprehenderit, impune eum occidet nec utilis actio erit in eum constituenda;

Pomp. 9 Epist. (D. XLVI, 3, 92. § 1): si quis servum, quem dari promisit, heres a domino scriptus statuliberum dederit, liberatur.

Und ebensowenig ist der Debitor nach vollzogener Solution mit der triticaria condictio verhaftet wegen der durch seine culpa in faciendo herbeigeführten Vernichtung oder Deterioration der präſtirten res, wie zu erkennen ist aus

Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 3): qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit, vel fundum et, dum mancipio dedit (Trib.: tradidit), imposuit ei servitutem vel aedificia diruit, arbores excidit vel exstirpavit. Ait Labeo: sive cavit de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavit, dubium est an competat ei ex stipulatu actio. Sed est verius, si quidem de dolo

---

1216) Nerat. und Jul. geben diesfalls a. de dolo, Afric. und die Späteren honorariſche restitutoria triticaria condictio: A. 1636. Dagegen bezeichnet utilis nicht die reſtitutoriſche, als vielmehr die anwendbare Klage bei dem unten citirten Marc. 12 Dig. (D. XLV, 1, 96), was Keller, Civ. Pr. A. 933 überſieht.

cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio; si non est cautum, in ex emto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex emto; in ex stipulatu vero de dolo actio necessaria est, wozu vgl. Beil. XIX A. 67.

Nicht minder ward aber auch jene Rechtsordnung innerhalb der Sphäre der certi condictio zur Anwendung gebracht bei den irregulären Vorkommnissen, wo eine res non fungibilis Object des bezüglichen Vertrages war:

Paul. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 37): si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur.

Und sodann zweitens der Rechtsordnung des XII Tafelrechtes bezüglich der mora accipiendi (bei A. 1172) tritt innerhalb der Sphäre der condictio der Rechtssatz gegenüber, daß solche Mora den Debitor liberirt, somit die Obligation ipso iure aufhebt und gleich wie ein solenner Remiß wirkt:

Ulp. 24 ad Sab. (D. XLVI, 3, 9. § 1): qui hominem (sc. Stichum) debet, partem Stichi dando nihilominus hominem debere non desinit: denique homo adhuc ab eo peti potest; sed si debitor reliquam partem Stichi solverit vel per actorem steterit, quominus accipiat, liberatur.[1217])

1217) Mommsen, Beitr. III, 286 A. 2. 299 A. 6 deutet diese Stelle von einem Falle, wo das offerirte Object nach Eintritt der Mora untergegangen ist; allein den durchaus deutlichen und bestimmten Ausspruch: debitor, si per actorem steterit, quominus accipiat, liberatur, in jener Weise hinsichtlich des Thatbestandes zu beschränken, das ist denn doch nicht mehr Interpretation, sondern Sinnvertauschung. — Dagegen gehören nicht hierher Pomp. 32 ad Sab. (D. L, 17, 39): s. A. 884; noch auch Ulp. 51 ad Ed. (D. XLVI, 3, 30), wo das Verhalten des Klägers in iure in seinen processualischen Consequenzen erörtert wird; noch endlich Paul. 24 ad Ed. (D. XLV, 1, 73. § 2): Stichi promissor post moram offerendo purgat moram; certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit, wo Mommsen's Supplirung des späteren Todes des Stichus die Schwierigkeiten nicht hebt: denn einestheils besteht ein Widerspruch zwischen dem obigen „liberatur" und dem „doli mali exc. nocet" des Paul., und anderntheils ist die Fassung dieser Stelle an sich bedenklich. Denn in dem Nachsatze: doli mali exc. nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit

Was dagegen die temeritas litigii betrifft, so treten zunächst in dem Rechte der lex Calpurnia, somit bei der cond. triticaria höchst wesentliche Abweichungen von der Methode der XII Tafeln zu Tage. Denn während die XII Tafeln die poenae temere litigantium an die Thatbestände der iniusta legis actio oder actio oder infitiatio oder vindiciae latio anknüpfen, so knüpft die lex Calpurnia solche Strafe an die iniusta litis contestatio (§ 78); und demzufolge verbinden sich mit der Lit. Cont. nicht allein deren allgemeine Folgewirkungen (§ 138), sondern auch besondere und eigenthümliche Effecte, in denen nun jene poena für den im Processe unterliegenden Beklagten enthalten ist. Und zwar während in dem XII Tafelrechte hinsichtlich der Lit. Cont. der Gesichtspunkt maaßgebend ist, daß durch dieselbe ein Umsatz der actio in eine legisactio: eine Consumtion des dinglichen (A. 1692), wie des persönlichen Rechts- und Klaganspruches durch einen Proceßanspruch sich vollzieht, so gelangt innerhalb des Condictionenrechtes der ganz verschiedene systematische Gesichtspunkt

---

entwickelt Paul. die Consequenzen der purgatio morae solvendi, wie solche im Falle der nachfolgenden mora accipiendi sich gestalten, entweder an dem vorher erörterten concreten Falle: dann bezeichnet pecunia oblata den Stichus oblatus, und solche Bezeichnung des Stichus durch pecunia, wenn auch angemessen bis zu Ausgang der Republik, ist unmöglich bei Paul.; oder in abstracto und abgesehen von dem vorher betrachteten concreten Falle: und dann wieder ist ebenso die specialsirende Beschränkung des Schuldobjectes auf baar Geld unerklärlich, wie die Entscheidung fehlerhaft allgemein, da bei bon. fid. a. die mora ipso iure wirkt (§ 86); oder endlich an einem zweiten concreten Beispiele, zu dessen Betrachtung Paul. von dem ersten concreten Falle aus überging: und dann nun ist die Stelle durch Auslassung interpolirt. Und diese Annahme ist meines Erachtens die einzig statthafte und führt denn nun zu folgender Erklärung der Stelle: von der Betrachtung der purgatio morae solvendi bezüglich des ex stipulatu geschuldeten Stichus ging Paul. über zur Betrachtung der purgatio morae bezüglich der aus dem Dammationslegate geschuldeten Geldsummen mit Hinblick auf den nachfolgenden Verlust des Geldes Seitens des Debitor, daran als Consequenz die Nutzanwendung knüpfend: doli mali exc. nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit. Dann nun stand diese Stelle in Uebereinstimmung mit dem bezüglich des Dammationslegates gültigen Rechte: bei A. 1172. — Endlich eine nur negative Entscheidung bietet Afr. 8 Quaest. (D. XVII 1, 37). — Wegen des Verhaltens der Quellen im Allgemeinen bezüglich der mora accipiendi bei Stipulation über anderes Object als baar Geld s. A. 1688.

der Novation zur Geltung: es setzt sich nicht einfach die actio in eine leg. actio, als vielmehr auch die bisherige obligatio in eine neue obligatio um (§ 138). Darin aber liegt als einfache Consequenz, daß, während jene Ordnung des XII Tafelrechtes zwar von der Lit. Cont. ab bis zum Urtheile die Erfüllung des Klaganspruches Seitens des Beklagten ausschloß, dieselbe doch nach dem Judicate die Naturalleistung des Letzteren nicht nur nicht behinderte, sondern sogar als das Ordnungsmäßige voraussetzte,[1218]) ganz im Gegentheile bei der leg. a. legis Calpurniae durch die Lit. Cont. die Solution des ursprünglichen Debitum Seitens des Beklagten an den Kläger definitiv und unbedingt ausgeschlossen ward, indem ebenso der Klaganspruch in eine neue Obligation aus der Lit. Cont. und später wieder aus dem Judicate, als auch deren Object selbst sich umwandelt: die ligitigiöse certa res oder das incertum setzt sich um in incerta pecunia: das quanti ea res erit, und weiterhin das Letztere wieder in die certa pecunia iudicata.[1219]) Und zwar erfährt solcher Vorgang, wenn immer auch derselbe bereits in der Legisaction einen entsprechenden Ausdruck gewann (§ 103), doch seine deutlichste Ausprägung in dem Formularprocesse, wo die formula bei cond. trit. auf certa res dahin sich concipirt:

Si parret Numerium Neg. Aulo Ag. pateram auream oder dergleichen dare oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, etc.: § 71 unter B I a bb und Beil. XIX § I unter 2;

sowie bei der incerti cond.[1220]) legis Aquiliae:

1218) A. 1690; Naturalleistung z. B. bei rei vindicatio: A. 1151, bei leg. a. sacr. in person.: A. 1173, bei Noxalklage: Gai. IV, 75.

1219) S. § 103. So z. B. Tubero in Ulp. 20 ad Ed. (D. XLV, 1, 72. pr.): ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; Cels. 6. Dig. (D. XLII. 1, 13. § 1): si quis promiserit prohibere se, ne quid damni stipulator patiatur, — si — non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur; u. a. m.

1220) Für die incerti cond. ist eine vierfache Formel gegeben: für a. legis Aquiliae, für incerti cond. aus der principalen Stipulation, sodann aus der adpromissorischen sponsio oder fideiussio, wie endlich für sonstige incerti cond.; allein die letzteren drei Formeln haben überein-

Quidquid parret ob eam rem Numerium Neg. Aulo Ag. dare facere oportere, quanti in eo anno plurimi (aus cap. I) oder quanti in diebus XXX proximis (aus cap. III) ea res fuerit, tantae pecuniae duplum (bei infitiatio) oder tantam pecuniam (bei confessio), iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, etc.: Beil. XIX bei A. 37 und dazu oben A. 773—775;

und wiederum bei der incerti cond. aus sonstiger causa auf:

Quidquid parret ob eam rem Numerium Neg. Aulo Ag. dare facere oportere, eius, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, etc.: Beil. XIX § I unter 3 und A. 13.

Und indem nun mit jenem Effecte der Lit. Cont.: mit jenem unbedingten, wie definitiven Umsatze des ursprünglichen Debitum in eine Geldschuld ohne Weiteres die Folge sich verknüpft, daß ebenso die casuelle, wie die durch culpa in non faciendo des Beklagten herbeigeführte Vernichtung oder Deterioration des ursprünglichen Schuldobjectes von der Lit. Cont. ab den liberatorischen Effect für den Beklagten verliert, so ist nun in dieser Folgewirkung die an die Lit. Cont. der cond. tritic. geknüpfte eigenthümliche poena temeritatis enthalten.

Im Besonderen aber ergeben sich aus jener Novation namentlich die beiden Consequenzen, daß zunächst

1. indem das quanti ea res erit in den obligatorischen Nexus hineintritt, solches neue Object bleibend und endgültig an die Werth- und Schätzungs-Verhältnisse gebunden wird, welche zum Zeitpunkte, wie am Orte der Entstehung der neuen Obligation, somit im Momente der Lit. Cont. bezüglich der alten Obligation gegeben waren, somit also das pretium, welches dem alten Debitum zum letzteren Zeitpunkte zukommt, maaßgebend ist für das spätere Richterurtheil und die judicielle Aestimation.[1221]) Und zwar gewinnt diese Consequenz die besonderen Anwendungen, daß

---

stimmende intentio und condemnatio und unterscheiden sich nur durch nothwendige oder nicht nothwendige Beifügung einer praescriptio, wie resp. durch deren Conception: Beil. XIX § I unter 3 u. A. 13.

1221) Abweichungen pönaler Tendenz greifen Platz bezüglich der Condictionen aus delictischer causa: bei a. leg Aquiliae, wie cond. furtiva und a. rer. amot.: A. 1671.

a. dafern zum Zeitpunkte der Lit. Cont. die alte res debita noch existirt oder das bisher geschuldete facere noch möglich ist, die thatbeständlichen Verhältnisse, welche für solches alte Debitum am Tage, wie am Orte der Lit. Cont. sich ergaben, für die spätere richterliche Aestimation maaßgebend und dieser zu Grunde zu legen sind: [1222])

Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37): in stipulatione — id tempus spectatur, quo agitur;

Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28): fundum Cornelianum stipulatus (sc. sum); — meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo, praesens aestimatio (A. 791) fundo petito recte consideretur;

Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2): in stricti iuris (sc. actionibus) litis contestatae tempus (sc. de eo quanti res sit) spectetur;

b. dafern jedoch vor der Lit. Cont. durch culpa in faciendo des Debitor die frühere res debita verschlechtert oder vernichtet oder das früher geschuldete facere unmöglich gemacht worden war, sind die thatbeständlichen Verhältnisse, welche für solches alte Debitum zum Zeitpunkte solcher Verkürzung der Solution, sowie wohl am Solutionsorte obwalteten, für die spätere richterliche Aestimation maaßgebend und derselben zu Grunde zu legen (§ 72 unter B 2 b):

Serv. und Cels. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3): in hac actione (sc. condictione triticaria) si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, — — si — desierit esse in rebus humanis, mortis tempus; sed ἐν πλάτει secundum Celsum erit spectandum: non enim debet novissimum vitae tempus aestimari, ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato;

Cels. 5 Dig. (D. XLII, 1, 11): si kalendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocunque post kalendas accepto iudicio, tanti tamen aestimanda lis est, quanti inter-

1222) Vgl. § 72 unter 1c; Keller, Lit. Cont. 195 A. 3. Buchka, Einfluß d. Processes I, 184 fg. Gans, Oblig. Rt. 58 fg. 91 fg. Wegen des abweichenden Ausspruches von Serv. bei Ulp. 27 ad Ed (D. XIII, 3, 3): condemnationis tempus spectandum s. § 119.

fuit mea (s. § 142 unter III a) kalendis id fieri; ex eo enim tempore quidquid aestimatur, quo novissime solvi poterit.

2. Sodann wiederum, indem das ursprüngliche Debitum aus dem obligatorischen Nexus vollständig heraustritt, so bedingt dies, daß jenes frühere Schuldobject alle Bezüglichkeit zu der neu begründeten Obligation vollständig verliert. Und diese Consequenz gewinnt wieder die besonderen Anwendungen, daß

a. die Solution des früheren Schuldobjectes Seitens des Debitor juristisch effectlos ist und weder von der bestehenden Litiscontestations-Obligation liberirt, noch demgemäß die judiciale Condemnation abwendet:

Gai. III, 180: tollitur — obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum: nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; — — et hoc est quod apud veteres scriptum est: — — post litem contestatam condemnari oportere;

Paul. 74 ad Ed. (E. XLV, 1, 84): si insulam fieri stipulatus sim et transierit tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet; quodsi iam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices;

b. sowie daß wiederum der Creditor von allen öconomischen Vorgängen, welche das ursprüngliche Schuldobject betreffen, fortan juristisch ganz unberührt bleibt, namentlich aber die ohne culpa in faciendo des Debitor eintretende Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte eine Liberation des Beklagten nicht mehr herbeiführt:

Pomp. 22 ad Sab. (D. XLVI, 3, 12. § 3): quod ex stipulatu — dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret;

Ulp. 27 ad Ed. (D. XLII, 2, 5): qui Stichum debere se confessus est, sive — — sive post litis contestationen decesserit, condemnandus est;

Paul. 5 ad Plaut. (D. XLII, 1, 8): si homo ex stipulatu petitus post litem contestatam decesserit, absolutionem non faciendam; vgl. 5 ebendaselbst (D. XLIV, 7, 45): is,

qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum — manumiserit et is, priusquam super eo promissor conveniretur, decesserit, non tenetur.

In dieser Rechtsordnung aber der lex Calpurnia bezüglich der Lit. Cont. prägt sich nun zwar, wie obbemerkt, einerseits die Methode des XII Tafelrechtes in Behandlung der temeritas litigii insoweit aus, als zunächst die ungerechte Litiscontestation nicht, wie die von der aequitas reprimirten schädigenden Widerrechtlichkeiten, auf den subjectiven Thatbestand einer Verschuldung, als vielmehr lediglich auf den rein objectiven Thatbestand der Vollziehung der Lit. Cont. in einer ungerechten Streitsache gestellt ist; nicht minder sodann insofern, als mit solchem Thatbestande als poena temeritas die unbedingte Haftung des Beklagten für das quanti ea res erit verknüpft wird, hierin aber wieder ein reipersecutorisches und ein pönales Element zur integrirenden Einheit verschmolzen werden, insofern das quanti ea res erit nicht einfach reipersecutorischer Natur ist, sondern auch sein Eintreten an sich an Stelle der ursprünglichen res debita ein pönales Moment enthält, indem damit auf den Beklagten die Haftung für die ohne dessen culpa in faciendo herbeigeführte Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution übertragen, dem Kläger dagegen abgenommen wird; ingleichen endlich darin, daß die Verpflichtung zur Prästation jenes quanti ea res erit ohne Weiteres an die ungerechte Lit. Cont. angeknüpft ist, unberücksichtigt, auf wie hoch der vom Kläger etwa erlittene Schaden sich beziffert, somit also für den Schadenersatz nicht ein concreter Maaßstab der Summenbestimmung und wiederum als die Einheit des gegebenen relativen Maaßstabes das pretium rei gesetzt ist.

Allein andrerseits tritt in jener Rechtsordnung doch auch wiederum eine ganz wesentliche Abweichung von dem XII Tafelrechte darin zu Tage, daß dort als poena temeritatis das Simplum des quanti ea res erit gesetzt ist, während die XII Tafeln bei allen poenae temeritatis mit reipersecutorischer Function lediglich das duplum des quanti ea res est als Strafsatz kennen.

Was sodann die poena temeritatis der lex Silia betrifft, so prägen sich auch hier und zwar in einem dreifachen Momente höchst gewichtvolle Abweichungen von dem XII Tafelrechte aus: theils nämlich in dem Quantum des Strafsatzes, welcher auf $33^1/_3$ %

bemessen ist, während die XII Tafeln für die poena temeritatis mit reipersecutorischer Function lediglich den Strafsatz von 100% kennen, als dem von der ältesten röm. Volksanschauung angenommenen abstracten Anschlage des pönal qualificirten Schadenersatzes (A. 880); theils sodann in der Modalität der arithmetischen Firirung jenes Strafsatzes, welcher dort durch Division zu berechnen ist, während die XII Tafeln bei relativem Strafsatze und zwar ebenso beim Civilprozeß-, wie beim Civilrechts-Delicte nur multiplicative Procentsätze kennen; sowie endlich in der Zweiseitigkeit der poena temeritatis. Denn die XII Tafeln setzen eine zweiseitige poena nur da, wo dieselbe durchaus keine reipersecutorische Function hat, in dem sacramentum nämlich, für welches dementsprechend nun auch ein absoluter Ansatz von 500 und 50 Assen gegeben ist, wohingegen diejenige poena, welche in Wahrheit die reipersecutorische Function mit versieht, dem Gegenpart zugleich einen Schadenersatz zu gewähren und die demgemäß nun auch nach dem Procentsatze des Duplum firirt wird, immer nur der einen Partei auferlegt ist (§ 79). Dahingegen aber die poena der lex Silia, indem neben ihr, wie obbemerkt, ein Schadenersatz wegen mora solvendi schlechterdings nicht gewährt wird, trägt insoweit, als dem Beklagten auferlegt, zwar das reipersecutorische Element eines Schadenersatzes in sich; allein indem dieselbe gleichwohl auch wieder zum gleichen Betrage dem Kläger angedroht ist, wo doch jedwede reipersecutorische Beimischung mangelt, so ist nun in solcher Zweiseitigkeit der Strafandrohung der Kläger in Wahrheit öconomisch nachtheiliger gestellt, als der Beklagte, insofern die poena für den Letzteren vollständig Gewinn, für den Ersteren dagegen theilweis Ersatz der erlittenen Einbuße ist.

§ 99.

Fortsetzung.

Das Condictionenrecht der leges Silia, Calpurnia und Aquilia in seiner Stellung zum XII Tafelrechte.

Das Stipulationsrecht der leges Silia und Calpurnia, indem es den XII Tafeln noch vollständigst fremd und unbekannt war [1223])

1223) Diese Thatsache wird unmittelbar bekundet durch die Tripertita des Aelius, deren pars I das XII Tafelrecht enthält, während pars II die

und aus latinischem Particularrechte durch jene leges in das ius civile Romanorum recipirt wurde, trägt, wie in § 2—6 und 98 dargelegt, einerseits in seinem Grundtypus, wie in manichfachen Einzelzügen den Character einer principiellen Uebereinstimmung mit dem altrömischen Rechte an sich, während andrerseits wiederum Verschiedenheiten und Abweichungen von durchaus capitaler Bedeutung zwischen Beiden hervortreten. Diese Abweichungen selbst aber sind dreifacher Beschaffenheit: theils nämlich

A. terminologischer Natur; denn

1. die technische Terminologie von stipulatio utilis und inutilis: rechtsbeständige und nichtige Stipulation setzt diese letzteren beiden Ausdrücke in Bedeutungen, die ebenso dem vulgären, wie dem sonstigen technischen Sprachgebrauche der Römer fremd sind, indem hier einerseits utilis in ganz anderer Bedeutung auftritt, so z. B. als Prädicat von actio und exceptio, andererseits aber

---

Stipulation und Expensilation umfaßt; und diese Scheidung kehrt noch wieder im Sabinus-System, wie in Cassius Jus civile und Labeo's Pithana: Voigt, das Aelius- und Sabinus-System § 2. 4—6. Im Uebrigen s. Beil. XIX § VII. Selbstverständlich sind ohne alle Beweiskraft für das Alter der Stipulation Referate über die XII Taf., welche durch Rücksichtnahme auf jüngere Rechtsordnungen beeinflußt sind, so über tab. VII, 11: si is venditori — satisfecerit, oder VII, 8: erit actio privato —, ut noxae domino caveatur. Denn theils sind die Ausdrücke satisfacere und cavere gar nicht original (s. Beil. XXI A. 78), theils beschah auch das satisfacere und cavere des XII Tafelrechtes sicher durch andere Mittel (A. 218. 1270), als durch adpromissio oder stipulatio praetoria, auf welche letztere und zwar auf cautio damni infecti jenes noxae cavere des Paul., entsprechend dem Rechte von dessen Zeit, hinweist; vgl. Lab. bei Ulp. 53 ad Ed. (D. XXXIX, 3, 3. § 3. fr. 1. § 18). Wie schwer übrigens das in Thl. II § 33 geltend gemachte Argument wiegt, daß die Quellen bei ihrer überreichen Behandlung der Stipulation auch nicht den leisesten Versuch machen, dieselbe an die XII Taf. anzuknüpfen, das ergeben die Quellen selbst in Wahrheit deutlich genug: denn in der That ist in denselben durchaus unverkennbar ausgeprägt die „große Vorliebe, mit welcher die späteren Juristen jedes" zu ihrer Zeit noch gültige „Rechtsinstitut, auch wenn es nur in den kleinsten Anfängen in den XII Tafeln enthalten war, eben auf diese, wie auf die Hauptquelle ihres Rechtes zurückführen": Raspe, Calumnia 26. Wo daher nicht etwa Tribonian planmäßig interpolirte oder die Quellen selbst zu dürftig sind oder eine jüngere Rechtsbildung die ältere überwuchert, da ergiebt jene Manier derselben ein absolut sicheres argumentum e silentio.

wiederum die Richtigkeit durch andere technische Prädicate bezeichnet wird, als durch inutile, wie z. B. bezüglich des testamentum, der obligatio, des matrimonium[1224]);

2. in der Bezeichnung a. certae creditae pecuniae vertritt das Wort certum, welches auch in den Benennungen certi condictio und a. si certum petetur tralaticisch beibehalten ward, die durchaus unrömische Bedeutung von baar, resp. von baar Geld; der röm. Sprachgebrauch dagegen verbindet mit dem Worte certum einen ganz anderen Begriff, so in den Verbindungen mit actio, formula, intentio, condemnatio, contractus, stipulatio, res, pecunia, oder in dem honorarischen Edicte über die Injurienklage in Dig. XLVII, 10, 7. pr. — § 5. Collat. II, 6 oder bezüglich der Klagen aus lex mancipii und Damnationslegat (A. 870);

3. in der Bezeichnung a. certae creditae pecuniae hat das Wort pecunia die Bedeutung von Geld, während die altrömische Sprache damit durchaus nur den Begriff von Vermögen, Vermögensstück, Vermögenswerth verbindet (A. 1158) und so insbesondere auch in den XII Tafeln tab. V, 3. V, 7. X, 7., das Geld dagegen immer nur durch aes bezeichnet[1225]); endlich

4. die cond. triticaria muß um deßwillen jünger sein, als die XII Tafeln, weil der Bau des triticum erst seit dem J. 302 bei den Römern Eingang zu finden begann, demgemäß die XII Tafeln als Getreide zur Nahrung des Menschen nur das far kennen[1226]);

1224) Testamentum iniustum, ruptum, irritum und dergl.; obligatio inanis, inefficax: Schilling, Inst. § 229 t; matrimonium iniustum, non iustum. Dagegen die Terminologie von utile, inutile, legatum bei Gai. II, 196—198. 218. III, 98 und inutilis institutio bei Licin. Ruf. 2 Reg. (D. L, 17, 210) ist erst der Stipulation entlehnt worden. Utile und inutile bezeichnet bezüglich der Stipulation das Rechtsbeständige und das Richtige, bezüglich der actio und exc. das Nutzbare, Brauchbare d. h. brauchbar gemacht für den concreten Fall: Keller, Civ. Pr. § 89.

1225) So XII Taf. tab. III, 1; Mancipationsformel: emptum esto — hoc aere aheneaque libra (A. 66); staatsrechtliche Bezeichnung IIIviri aeri argento auro flando feriundo; lex Jul. peculat. bei Ulp. 44 ad Sab. (D. XLVIII, 13, 1); dann nexum aes: Fest. p. 165. lucar aes: Paul. Diac. p. 119. aes grave: Marquardt, r. Alterth. III, 2. A. 17, aes hordearium, equestre, militare: Gai. IV, 27 u. a., wie öfter in der Litteratur; vgl. Thl. II A. 152.

1226) Beil. XIX A. 32. Die Benennung erklärt sich nur auf die Weise, daß sie von dem im Gesetze gebrauchten Ausdrucke triticum hergeleitet war:

B. civilrechtlicher Natur; denn

1. in der leg. a. legis Siliae und Calpurniae sind die certa pecunia und das certum triticum oder später die sonstige certa res als wesentlich ungleichartig behandelt und verschiedenen Klagen überwiesen, während die XII Tafeln bei dem Nexum und in der poena infitiationis bei Klagen aus lex mancipii und Damnationslegat (A. 870), ebenso wie das spätere Recht z. B. bei der mutui datio jedwede certa res fungibilis als wesentlich gleichartig behandeln und der gleichen Klage unterstellen;

2. in dem foenus ist die dem alten Rechte ebenso unbekannte, als auch widerstreitende Rechtsordnung sancirt, daß ein unsolennes Rechtsgeschäft: die Tradition die Eigenthumsübertragung vermittelt (Beil. XXI § XVIII unter c);

3. die solenne Form der stipulatio ist abweichend von den zweiseitig solennen Formen des XII Tafelrechtes construirt: ebenso ohne Solennitätszeugen, wie auf ein solennes Stichwort allein beschränkt, daher auch dieselbe weder dem alttechnischen Begriffe der nuncupatio, noch des legem dicere mit unterfällt (S. 178. Thl. II A. 239);

4. der für das Rechtsgeschäft der XII Tafeln gültige Rechtssatz des non recipere diem vel condicionem erleidet keine Anwendung beim Stipulationsrechte (S. 34 fg.);

5. das Stipulationsrecht kennt und überträgt zuerst in das römische Recht die Correalobligation, welche nach dem Zeugnisse von Paul. 23 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 9—14) den XII Tafeln noch unbekannt ist: während daher die mehreren vades gleich den Miterben nur nach Kopftheil haften (Beil. XIX A. 115[a]), so haften von Alters her die adpromissores mit dem Hauptschuldner, und bis zur lex Furia de sponsu v. 536 (Beil. XIX A. 78) auch die mehreren sponsores und fidepromissores mit einander correaliter, ebenso wie auch im Expensilationsrechte die mehreren argentarii[1227]);

---

die lex Calpurnia, die Darlehnsstipulationen über Getreide für klagbar erklärend, nannte an erster Stelle das triticum und so weiterhin denn auch far und hordeum; vgl. Beil. XIX a. O.

1227) In ersterer Beziehung vgl. Westrik ad loc Gai. de sponsor. 13; in letzterer Beziehung Auct. ad Her. II, 13, 19. Paul. 3. 62 ad Ed. (D. II, 14, 27. pr. 25. pr. 9. pr.); vgl. auch A. 1228.

6. das Stipulationsrecht schuf in der adstipulatio, delegatio und expromissio debiti alieni, wie proprii ganz neue, dem alten Rechte unbekannte Geschäftsproportionen (§ 4) und bringt diesem Rechte überhaupt erst das Institut der novatio: voluntaria, wie necessaria zu (§ 138);

7. die bezüglich der adstipulatio und adpromissio: sponsio, wie fidepromissio gültige Rechtsordnung, daß die Obligation aus solcher Stipulation weder activ auf den Erben des adstipulator, noch passiv auf den Erben des adpromissor übergeht [1228], steht in directestem Widerspruche mit dem Rechtssatze der XII Tafeln, daß die Contractsobligation activ, wie passiv auf den Erben übergehe (Beil. XIX A. 115);

8. bei der novatorischen Stipulation gilt nicht das im ältesten Rechte maaßgebende Erforderniß einer Correspondenz der Form bezüglich der novirten Obligation (A. 83);

9. die bei der triticaria condictio bezüglich der Unmöglichkeit der Solution maaßgebende Kategorie des facere und non facere (§ 98) ist völlig singulär in dem alten, wie aber auch in dem jüngeren röm. Contractsrechte;

10. bei der triticaria condictio aus Contracten über res non fungibilis haftet der Debitor im Falle der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte nicht unbedingt, wie nach XII Tafelrecht (§ 97), sondern lediglich wegen culpa in faciendo, wodurch nun jene condictio zur Schäden-

---

1228) Gai. III, 114. 120. IV, 113. — Daneben finden sich vereinzelte Spuren, welche darauf hinweisen, daß dagegen die Erben des promissor entsprechend, wie unter 5, in solidum hafteten; denn nur als Residuum von solcher Ordnung läßt der Rechtssatz sich erklären, daß im Gegensatze zu dem bon. fid. negotium und der Stipulation mit doli clausula bei der auf ein facere gerichteten Stipulation ohne solche Clausel das Object untheilbar sei, somit die Miterben in solidum haften: Schilling, Inst. § 228e und die das. Citirten, ein Satz, gegen den bereits Cat. 15 Jur. civ. bei Paul. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 4. § 1) und Tubero bei Ulp. 20 ad Ed. (D. cit. 72. pr.) Einschränkungen versuchen, obwohl vergeblich, da vielmehr derselbe von Anton. Phil. und Ver. bei Ulp. 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 11. § 23. 24), wozu vgl. Gai. de Leg. (D. XXXV, 2, 80. § 6) auch auf die Haftung auf facere aus dem Testamente übertragen wird. Dagegen ist derselbe nicht auf die stricti iur. negotia im Allgemeinen extendirt worden.

klage wegen bezüglicher culpa in faciendo des Debitor auf quanti res erit sich gestaltet (§ 98);

11. die condictio erlischt im Falle der mora accipiendi ipso iure, indem der Debitor dadurch liberirt wird (bei A. 1217), wogegen im XII Tafelrechte solche mora entweder ganz irrelevant und juristisch effectlos ist und insbesondere den Debitor nicht liberirt oder aber durch eine von demselben an den Creditor zu erlassende denuntiatio wegen Abnahme des Schuldobjectes zu juristischer Relevanz erhoben werden muß (bei A. 1172).

Dagegen ist es eine Singularität des Expensilationsrechtes und somit zweifelsohne großgriechischer Provenienz, daß der argentarius bei Vermeidung der pluspetitio zum „cum compensatione agere" verpflichtet ist d. h. zur Erbittung eines Formeltheiles, wodurch dem Gegner die Kürzung des Debitum um den Betrag der inconnexen Gegenforderung an gleichartigen Fungibilien frei gegeben wird (Gai. IV, 64. 66—68);

C. prozessualischer Natur; denn

1. bei certi condictio ist abweichend von dem XII Tafelrechte theils der Strafsatz der temeritas von $33^1/_3$ % gegenüber den 100 % der XII Tafeln, theils die Modalität seiner arithmetischen Bestimmung durch Division gegenüber den multiplicativen Procentsätzen der XII Tafeln, theils endlich die Zweiseitigkeit der poena gegenüber den einseitigen poenae mit reipersecutorischer Nebenfunction in den XII Tafeln (§ 98 a. E.);

2. bei triticaria condictio ist abweichend von dem XII Tafelrechte die poena temeritatis mit ihrem Simplum des quanti res erit, indem die XII Tafeln bei allen poenae temeritatis mit reipersecutorischer Function lediglich das Duplum als Strafsatz kennen (§ 98);

3. durch die lex Silia ward das dem römischen Rechte bis dahin unbekannte Institut des iusiurandum in iure delatum eingeführt[1229]).

Und wie daher hierdurch allenthalben die fremdländische Provenienz des Stipulations-Rechtes, wie -Prozesses auf das Bestimmteste sich bekundet, während wiederum alle historischen Spuren

1229) Vgl. Rudorff zu Puchta, Inst. § 162 f. § 216 p. Gromat. Inst. 247 A. 46. Keller, Civ. Pr. A. 742.

auf latinisches Recht als auf die Quelle jenes Institutes hinweisen (Thl. II § 33), so nun deuten gewisse Spuren auf gleichen Ursprung auch bezüglich des Rechtes der lex Aquilia hin. Denn

a. tritt hier als Wort damnum für Schaden in einer der altrömischen Sprache durchaus fremden Bedeutung auf: denn dort wird der Begriff Schaden durch noxia vertreten, während damnum die Rechtsverbindlichkeit bezeichnet [1230]);

b. das zweite Capitel der lex Aquilia wider den Abstipulator, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit (A. 1203), verhält sich gleich als Ergänzung zum Rechte der lex Silia und Calpurnia;

c. das erste und dritte Capitel der lex Aquilia unterstellen den delictischen Thatbestand der für die condictio triticaria maaßgebenden Kategorie der culpa in faciendo [1231]);

d. das erste und dritte Capitel der lex Aquilia fixiren die poena delicti in einer im römischen Rechte ganz singulären Weise (§ 72 unter 2 b);

e. die poena infitiationis bei Klagen auf incertum ist dem alten Rechte nicht allein unbekannt, sondern von demselben geradezu ausgeschlossen bei Klage aus lex mancipii und Damnationslegat (A. 870).

Von allen jenen reformatorischen Sätzen des Condictionenrechtes aber gewinnt für die Geschichte des Principes einer Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung die wichtigste Bedeutung die Rechtsordnung unter B 10, daß der Debitor bei totaler oder partieller Unmöglichkeit der Solution nur wegen culpa in faciendo verhaftet ist (s. § 135).

§ 100.

Die ursprüngliche Bedeutung von aequitas, aequum, aequum et bonum. Das Herrschaftsgebiet der aequitas.

Die früheste Bekundung erfährt die aequitas theils durch das Auftreten einer Gottheit oder vielmehr des indigitamentum einer solchen unter der Benennung Aequitas (A. 209), theils durch die

1230) Voigt, Bedeutungswechsel 125 fg. 142 fg. 158 fg.
1231) Vgl. Schilling, Inst. § 235 rr.

den arbitria der leg. a. per. iud. post. eigenthümliche Clausel, welche gemeinhin lautete: quantum aequius melius est ob eam rem mihi a te dari, bei dem arbitrium rei uxoriae insbesondere aber: quod eius melius aequius erit ob eam rem mihi a te dari (Beil. XX § III. IV), und worin somit ein doppeltes sprachliches Element: aequum und bonum zum einheitlichen technischen Ausdrucke verbunden ist.

Was nun zunächst die Worte aequum und aequitas betrifft, so lauten deren älteste Formen aecum[1232]) und aecetia[1233]), welches letztere somit eintritt an Stelle eines nicht direct, wohl aber in dem Gegensatze von nequitia[1234]) erhaltenen aequitia oder aecitia. Da nun jener Gegensatz der aequitas: die nequitia den Begriff vertritt des den eigenen Vermögensinteressen unangemessenen, somit des unwirthschaftlichen Verhaltens[1235]), so ergiebt sich daher hieraus für aequum, in absoluter Beziehung d. h. in

1232) So z. B. Cat de re Floria bei Gell. IX, 12, 7. Enn. Hec. Lustr. bei Non. 399, 8. Eumenid. bei Marc. Sat. VI, 4, 6. Pacuv. Armor. iud. bei Non. 261, 13. Titin. Var. bei Non. 157, 11. Unbenannter Tragiker bei Auct. ad Her. II, 26, 42. Plaut. Stich. III, 1, 22 (Camer. Decurt. Urs.), Pseud. I, 3, 35 (Camer.), Sen. Contr. IX, 26, 1. Gai. I, 190. III, 7. 40. 149. IV, 75 u. a. m. Vgl. Corssen, Ausspr. I², 69 fg.

1233) C. J. L. I no. 43; vgl. tab. lith. p. 14. Ritschl, de fictil. litterat. Bonn 1853 p. 20—24.

1234) Nequitia für neaequitia, wie nemo für nehemo, praeda für praehenda: Corssen a. O. 108.

1235) Diese älteste Bedeutung wird bezeugt durch eine Formel aus ältester Zeit, durch das an den prodigus erlassene interdictum re et commercio: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico (Beil. XII § XVIII); vgl. P. Cornel. Scipio contra Ti. Claudium Asellum v. 614 bei Gell. VI, 11, 9: omnia mala, probra, flagitia, quae homines faciunt, in duabus rebus sunt: malitia atque nequitia etc. Auct. ad Her. III, 6, 11. Cic. p. Cluent. 51, 141. Phil. II, 20, 50. Tusc. III, 8, 18; vgl. Brisson. de V. S. s. v. Und dem entsprechend bildet nequam den Gegensatz von frugi, so bei Cic. de Orat. II, 61, 248: iisdem et laudare frugi servum possumus et, si est nequam, iocari, sowie, obwohl schon mehr verallgemeinert bei Gell. VI, 11, 2: veterum hominum, qui proprie atque integre locuti sunt, — dixerunt — „nequam“ hominem nihili, neque rei neque frugis bonae, quod genus Graeci fere ἄσωτον vel ἀκόλαστον dicunt; Porph. zu Hor. Od. III, 15, 2: olim nequam dicebatur ignavus ac nihili; vgl. Schmid zu Hor. Ep. I, 15, 33.

Bezug auf ein einzelnes Subject aufgefaßt, als ältester Begriff die Bedeutung von übereinstimmend mit den eigenen Vermögensinteressen[1236]) oder des denselben Angemessenen, während die aequitas, als Maaßstab des Verhaltens von solchem Subjecte, das dessen Vermögensinteressen angemessene, somit das wirthschaftliche Verhalten bezeichnet.

Dafern dagegen die aequitas in relativer Beziehung in das Auge gefaßt wird d. h. rücksichtlich der collidirenden Vermögensinteressen zweier als Mitbetheiligter einander gegenüberstehender Subjecte, so modificirt sich nun jener Begriff in entsprechender Weise: es gewinnt nun aequum die Bedeutung des Uebereinstimmenden mit den Vermögensinteressen des Mitbetheiligten oder des denselben Angemessenen, während die aequitas als Maaßstab des Verhaltens der beiden Interessenten und somit als Regulator der collidirenden Vermögensinteressen die Angemessenheit oder Billigkeit in der Berücksichtigung: in Abwägung, wie Ausgleichung, in Wahrung, wie Beschränkung solcher collidirenden Interessen oder mit Einem Worte, die billige Berücksichtigung der gegnerischen Interessen bezeichnet. Und wie nun die nequitia den Gegensatz zur aequitas in absoluter Beziehung bildet, so ergiebt wiederum die iniquitas den Gegensatz zur aequitas in relativer Beziehung: als das den collidirenden Vermögensinteressen des Mitbetheiligten unangemessene, somit dieselben benachtheiligende Verhalten[1237]) oder mit Einem Worte, als die einseitige Verfolgung der eigenen Interessen.

Hinwiederum das Wort bonum vertritt den Begriff des Uebereinstimmenden mit einem gegebenen Gesetze der Ethik. Und zwar ist solches ethische Gesetz weder das Recht, noch die Moral, als vielmehr die bürgerliche Sitte, wie solche von der Anschauung und Uebung des römischen Volkes getragen ist. Somit ergiebt

---

1236) Damit stimmt überein, wenn Corssen, Beitr. 254 fg. Nachtr. 237 als Urgriff „übereinstimmend" nachweist, von wo aus nun die obige beschränktere Beziehung sich entwickelte; und so nun z. B. Plaut. Curc. I, 1, 65: quidquam aequi bonique im Sinne von: angemessener Preis.

1237) Daher: die nequitia richtet sich wider das Vermögen des allein in das Auge gefaßten Subjectes, die iniquitas richtet sich wider das Vermögen des Anderen von den zwei in das Auge gefaßten Subjecten. Parallel ist z. B. die Verschiedenheit von infidus und perfidus.

sich für bonum als maaßgebende Bedeutung: das der bürgerlichen Sitte, wie der Volksanschauung der Römer Entsprechende[1238]). Diesen Maaßstab solcher Prädicirung bekundet aber auf das Bestimmteste eine Anzahl alttraditioneller Wortverbindungen, in denen jenes bonum wiederkehrt, und so zwar von boni mores, als das von der römischen Volksanschauung getragene Gesetz der bürgerlichen Sitte[1239]); von bona fides: Treu und Glauben, wie solches von der römischen Volksanschauung erfordert wird oder, allgemeiner, das den boni mores entsprechende Verhalten in geschäftlichen Dingen[1240]); dann von bonus vir[1241]), bonus civis,

1238) Diese beschränkende Beziehung auf das specifisch Römische harmonirt mit dem in Beil. IX § II und X § II bezüglich der Worte civile und iustum Bemerkten; vgl. Thl. II § 6. 15.

1239) Edict. perp. in D. XLVII, 10, 15. § 1: qui adversus bonos mores convicium cui fecisse — dicetur; sowie das von Brisson. de V. S. v. mores § 3 gesammelte Material; überdem Varr. τοῦ πατρός bei Non. 181, 12. Cic. Hortens. p. 983, 43 Or. Sall. Cat. 9, 1. 52, 10. Quint. J. O. VI, 1, 7 u. a. m.

1240) Den Gegensatz bildet die fides humana, so bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 1. pr.), Diocl. im C. Just. II, 4, 20.

1241) Bonus vir ist noch etwas anderes als unser „Ehrenmann“, eher noch unser „Mann von altem Schrot und Korn“: Qu. Sextius Niger bei Sen. Ep. 73, 12: Jovem plus non posse quam virum bonum. Als den Maaßstab, nach welchem solche Bonität bemessen ward, setzen die Philosophen die honestas oder auch die iustitia im philosophischen Sinne und dies ergiebt die specifisch philosophische Bedeutung des Ausdruckes: Thl. I A. 269. Dagegen die röm. Volksanschauung setzt als solchen Maaßstab die boni mores oder später die bona fides oder aequitas: Beil. VII § 23. In dieser volksthümlichen Bedeutung tritt der bonus vir auf im senatus decretum v. J. 550 bei Liv. XXIX, 19, 7: viros bonos sociosque et amicos eos (sc. Locrenses) appellari; im S. C. de Ascl. v. 676 im C. J. L. I no. 203 lin. 3 der griech. Uebersetzung: ἄνδρας καλοὺς καὶ ἀγαθοὺς — π[ρο]σαγορεῦσαι· in der intentio der a. fiduciae: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione (Beil. XX § 30); in den leges oleae legundae und oleae faciundae bei Cat. RR. 144, 3. 145, 3: viri boni arbitratu deducetur; in der lex vini in doliis vendundi das. 148, 1: viri boni arbitratu degustato; in der lex pabuli hiberni vendundi das. 149, 2: viri boni arbitratu resolvat und resolvetur; in der cautio usufructuaria: Beil. XIX A. 50, wie iudicatum solvi: Ulp. 77 ad Ed. (D. XLVI, 7, 5); in der Wette des M. Lutatius Pinthia: Ni vir bonus esset: Cic. de Off. III, 19, 77. Val. Max. VII, 2, 4; in der Wette bei Cat. p. L. Turio in Gell. XIV, 2, 26: ni vir melior esset Gellius, quam Turius; in der Grabschrift auf L. Cornel. Scip. vom Ende des 5. Jahrh. d. St.

bonus paterfamilias, bonus dominus, bonus heres [1242]), als der Mann, der Bürger u. s. w. von römischer Sitte: Gesinnung, wie Handlungsweise; ferner von bonus iudex, als dem Richter, welcher auf Berücksichtigung der boni mores oder insbesondere der aequitas bei seinem Urtheile angewiesen ist [1243]); nicht minder von bono modo oder bene d. h. der römischen Sitte gemäß [1244]); wie endlich auch von bonum ius, welches, synonym mit aequum ius, dasjenige Recht ist, das der jeweiligen Volksanschauung der Römer entspricht [1245]).

Und indem nun bonum gleiche Bedeutung vertritt in den obigen Clauseln aequius melius und melius aequius, so ergiebt

---

im C. J. L. I no. 32: duonoro optumo fuise viro; endlich auch bei Plaut. Trin. II, 1, 35 fg., Cat. RR. praef. § 2, wie in Sen. Contr. I, pr. § 9. Varr. RR. III, 6, 6. Quint. J. O. XII, 1, 1. vgl. III, 7, 25. XII, 11, 9. 11. Plin. H. N. XVIII, 3, 3. Serv. in Georg. I, 46; sowie bei Ter. Andr. III, 5, 10. V, 4, 12. Brut. in Cic. ad Brut. I, 16, 1. Cic. p. Quinct. 17, 55 fg. ad Fam. I, 9, 10. Quint. J. O. XII, 1. Hor. Ep. I, 16, 40. 67 fg. vgl. Roth, Theorie und Gesch. d. r. Satire, 47 fg. Bähr, r. Litt. II, 240. A. 15. Daneben bonae fidei vir: Qint. J. O. X, 7, 1.

1242) Bonus civis: Varr. Man. bei Non. 543, 32. 450, 2 (p. 158 Riese): quocirca oportet bonum civem legibus parere et deos colere, in putellam dare μικρὸν κρέας etc. Cic. de Off. I, 34, 124: privatum (i. e. civem romanum) — oportet aequo et pari cum civibus iure vivere neque summissum et abiectum neque se efferentem; tum in re publica ea velle, quae tranquilla et honesta sint: talem enim et sentire bonum civem et dicere solemus; Cic. ad. Att. X, 8, 4; Quint. J. O. XII, 11, 1. — Bonus paterfam.: Sab. bei Ulp. 17 ad Sab. (D. VII, 1, 9. § 2); Jul. in J. Just. II, 1, 38. Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 1, 35. § 4); Afr. 9 Quaest. (XL, 4, 22), Paul. 3 ad Sab. (D. VII, 15. § 1). — Bonus dominus: Cat. RR. 14, 3: huic operi pretium ab domino bono, qui bene praebeat, quae opus sunt; § 4: bono domino pars pretii accedat; Cic. de Sen. 16, 56. Brut bei Cic. ad. Brut. I, 16, 4. — Bonus heres: Plin. Ep. IV, 10 f. S. 232.

1243) Cic. in Verr. IV, 15, 34. p. Caec. 23, 65. Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38), Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII 6, 3. § 3); vgl. Beil. VII § 27 a. E.

1244) Cat. RR. 14, 3 in A. 1242; 5, 1: si quis quid deliquerit, pro noxa bono modo vindicet; Orat. Qu. Caecilii Metelli (cos. 548) bei Plin. H. N. VII, 43, 140: pecuniam magnam bono modo invenire; Cic. ad Att. XIII, 23, 3. ad Qu. fr. II, 6, 3. Dann auch bene in der intentio der a. fiduciae in A. 1241.

1245) Plaut. Stich. V, 3, 44: bonum ius dicis: inpetrare oportet, qui aequom postulas, Pseud. I, 5, 123. Rud. IV, 4, 108. Bacch. IV, 3, 2. vgl. A. 1146.

sich nun hieraus die alttechnische Bedeutung von aequum bonum: dasjenige, was mit dem von der Volksanschauung und bürgerlichen Sitte der Römer getragenen Maaßstabe der Angemessenheit oder Billigkeit bei Abwägung und Ausgleichung collidirender mehrseitiger Vermögensinteressen übereinstimmt, während die aequitas wiederum zum Inbegriffe der von der römischen Volksanschauung vertretenen Gesetze oder Pflichtgebote des äußeren Verhaltens sich erhebt, durch welche den bei der Güterbewegung des Vermögensverkehres in Mitleidenheit gezogenen mehrseitigen Vermögensinteressen allseitig Rechnung getragen wird. Und so daher ist die aequitas das Gesetz der durch die römische Volksanschauung getragenen pecuniären Billigkeit oder, mit Einem Worte, Trägerin des Principes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, und tritt so nun in den in § 94 dargelegten Gegensatz zum ius, als dem Gesetze des Rechtes.

Hieraus allenthalben aber ergiebt sich zugleich die wesentliche Verschiedenheit, welche von Vorn herein zwischen fides und aequitas obwaltet: das Gesetz der bürgerlichen Sitte, indem es das weite Gebiet des socialen Lebensverkehres in seinem Hervortreten in die Außenwelt umspannt und so nun die mannichfachsten Lebensbeziehungen beherrscht, welche innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft zu Tage treten, zerfällt je nach der specifischen Verschiedenheit solcher Verkehrsbeziehungen wiederum in verschiedene Gruppen speciellerer Gesetze, so als Gesetz des Anstandes, der Ehre, der Treue und Redlichkeit, der Billigkeit, der pietas gegen die Eltern u. a. m. Und so daher grenzen sich in dem normativen Gesammtgehalte der boni mores als dessen integrirende Bestandtheile und besondere Gebiete unter Anderen ab die fides: das Gesetz von Treue und Glauben in geschäftlichen Dingen, und die aequitas, das Gesetz der Angemessenheit oder Billigkeit bei Abwägung und Ausgleichung collidirender Vermögensinteressen, allenthalben getragen und vertreten von der römischen Volksanschauung. Wenn so daher die beiden letzteren Gesetze als Inbegriff und Träger je selbsteigener normativer Postulate von Vorn herein durchaus selbstständig neben einander stehen (§ 31), so beruht jedoch solche unterscheidende Selbstständigkeit derselben nicht auf einer Verschiedenheit des Objectes ihrer Normirung, als vielmehr auf der Verschiedenheit der Kategorie: der als maaß-

gebend gesetzten, dem einigen Objecte inliegenden, verschiedenen Beziehungen, welche durch das betreffende Gesetz normirt werden.

Denn das Gesetz der fides regelt die moralische Verbindlichkeit nach ihrer Existenz: als Inbegriff und Träger der Normen über das verbindliche Element der Vereinbarung im Allgemeinen und so im Besonderen über das Medium, welches Befugniß, wie Verbindlichkeit begründet und aufhebt, setzt jenes Gesetz als solches verbindliche Element den in der verlautbarten Willensbestimmung (§ 15) enthaltenen wahren (§ 29) Denk- und Willensgehalt des Paciscenten (§ 17). Und so nun erfordert jenes Gesetz von den Interessenten ebenso die fides: die Treu und Redlichkeit in Eingehung und Erfüllung des so Vereinbarten, wie es andrerseits die malitia (A. 1328) verpönt als die verschuldete Treulosigkeit bei Eingehung, wie Erfüllung der Vereinbarung (§ 37 fg.).

Dagegen das Gesetz der aequitas normirt die moralische Verbindlichkeit nach ihrem Inhalte und Umfange: als Inbegriff und Träger der Normen bezüglich des Maaßstabes, wonach der öconomische Gehalt der Vereinbarung bemessen und im Besonderen Befugniß, wie Verbindlichkeit substantiirt werden, setzt jenes Gesetz als solchen öconomischen Maaßstab der Verbindlichkeit das Mittel, welches aus der Abwägung der collidirenden beiderseitigen Vermögensinteressen sich ergiebt. Und so nun erfordert dieses Gesetz von den Interessenten ebenso die aequitas: die billige Berücksichtigung der gegnerischen Vermögensinteressen, wie es andrerseits die iniquitas verpönt als die egoistische und einseitige Verfolgung der eigenen Interessen.

Insbesondere endlich bezüglich der Clauseln quantum aequius melius est oder quod eius melius aequius erit ob eam rem mihi a te dari erklärt sich der Comparativ daraus, daß der Kläger ein Angemesseneres oder Billigeres fordert, als der Beklagte ihm zugesteht, so daß nun nach Alle dem dafür der Sinn sich ergiebt: auf wie hoch nach dem von der gemeinen Meinung getragenen Maaßstabe der Angemessenheit bei Abwägung unserer collidirenden Vermögensinteressen in billigerer Maaße das von Dir mir zu Leistende sich bestimmt. Und indem nun durch jene Clauseln die aequitas in solcher Bedeutung zur Anwendung und Geltung bei jenen arbitria erhoben wird, so gestalten sich auch auf Grund

dessen die letzteren zu den juristischen Organen der aequitas: es wird durch solche Clausel die aequitas zur Mitwirkung neben dem ius bei Normirung der bezüglichen Rechtsverhältnisse berufen.

Im Uebrigen liefern die obigen Ergebnisse zugleich die in Thl. I S. 4 und § 7 vorbehaltene Ergänzung des dort behandelten Lehrstoffes: denn während die aequitas in vulgärer Beziehung in den späteren Zeiten das Gesetz der Billigkeit im Allgemeinen vertritt d. i. die Summe derjenigen der jeweiligen Volksanschauung entsprechenden und von dieser getragenen Normen oder Pflichtgebote, nach denen die Interessen der bei einem Lebensverhältnisse Mitbetheiligten in dessen in die Außenwelt hervortretenden Beziehungen zu bemessen und zu regeln sind; während sodann die aequitas in ihrer juristisch theoretischen Beziehung: als eigenthümliches Element des Rechtes selbst der Inbegriff derjenigen jener vulgären aequitas entsprechenden Principien ist, welche im Gegensatze zu correspondirend widersprechenden Rechtsprincipien ebensowohl eine Ausprägung im Rechte, als auch in solcher gegensätzlichen Ausprägung eine theoretische Anerkennung Seitens der Römer erfahren haben; und während nun dieser specifisch juristischen aequitas neben der damni ratio in dem nächsten Abschnitte auch die voluntatis ratio und in der zweiten Periode noch die sanguinis und arbitrii ratio überwiesen werden (§ 140); so umfaßt dagegen in dem gegenwärtigen Zeitraume die aequitas im Allgemeinen eine bedeutend beschränktere Sphäre: sie ist im Munde des Volkes, wie der Rechtstheorie Vertreterin des Principes allein des nemo cum damno alterius locupletior fieri debet und sonach Trägerin öconomischer Gesetze allein des Lebensverkehres, des Gesetzes nämlich der öconomischen Angemessenheit oder Billigkeit in Abwägung von collidirenden Vermögensinteressen.

Was sodann nun die Herrschaftssphäre der aequitas betrifft, so ergiebt sich als solche aus dem Obbemerkten das Rechtsgebiet der arbitria der leg. a. per iud. post. (§ 102). Allein wie nach § 94 dieses Herrschaftsgebiet der aequitas ein anomales ist, da a priori Rechtsverhältniß, wie Proceß der Ordnung des Rechtes allein, nicht aber daneben auch noch anderer Gesetze unterfallen, so nun ist dasselbe auch weder ein ursprüngliches, als vielmehr

lediglich ein später übertragenes, noch auch das principale Gebiet, als vielmehr lediglich eine accessorische Pertinenz desselben.

Vielmehr ist dies ursprüngliche, berufsmäßige und hauptsächliche Herrschaftsgebiet der aequitas von Alters her gegeben in den auf die fides allein gestellten geschäftlichen Verhältnissen, somit in demjenigen Lebensverkehre, welcher, der Ordnung durch das ius nicht theilhaft, einzig und allein auf der Grundlage der boni mores sich bewegt und so nun, lediglich sogen. moralische Verbindlichkeiten begründend, seine ordnende Norm nicht in dem „ita ius esto" der lex, als vielmehr einzig und allein in den Gesetzen jener boni mores im Allgemeinen, im Besonderen aber in denjenigen Postulaten derselben fand, welche als aequitas: als das Gesetz der Angemessenheit oder Billigkeit bei Abwägung und Ausgleichung collidirender Vermögensinteressen, und als fides: als das Gesetz von Treu und Glauben in geschäftlichen Dingen integrirende Bestandtheile und specielle Beziehungen der boni mores: als des Gesetzes der bürgerlichen Sitte im großen Ganzen sind.

§ 101.

Fortsetzung.

A. Die Herrschaft der aequitas innerhalb der mores.

Nach § 36 fg. bewegt sich der Geschäftsverkehr der Römer in ebenso zahlreichen, wie vielfältigen Verkehrsverhältnissen völlig außerhalb des Rechtsgebietes, vielmehr durchaus nur innerhalb der Sphäre der mores: aus mannichfachen Gründen, namentlich aber durch den Nichtgebrauch der solennen und legalen Geschäftsform von den Rechtsordnungen ausgeschlossen, sind und bleiben jene Geschäfte einzig und allein auf die fides der Paciscenten gestellt und finden in dieser allein das Motiv, wie in den Geboten der mores das Gesetz, welches das Compelle zur Erfüllung solcher rein moralischen Verbindlichkeit ergiebt. Und gleichwie für den rechtsgeschäftlichen Verkehr die lex mit ihrem: „ita ius esto" (s. S. 51) die normative Satzung darbietet, welche so Recht, wie Rechtspflicht nach Existenz, wie Gehalt bestimmt und regelt, so nun ergiebt für jenen rein socialen Lebensverkehr das Gesetz der bürgerlichen Sitte: der boni mores die Ordnungen und Normen, nach denen solche sogen. moralische Verbindlichkeit sammt dem ihr correspondirenden Anspruche in Existenz, wie Gehalt sich regelt. Und

zwar sind es von den mannichfachen, den boni mores inliegenden Beziehungen und Gesetzen wiederum zwei, welche die Regulatoren jener einfachen Lebensgeschäfte ergeben: die fides, als das Gesetz von Treu und Glauben in geschäftlichen Dingen, und die aequitas, als das Gesetz der Billigkeit in Abwägung und Ausgleichung collidirender Vermögensinteressen, Jene die sogen. moralische Verbindlichkeit nach ihrer Existenz: nach Begründung, wie Aufhebung, Diese dieselbe nach ihrem öconomischen Gehalte: nach Inhalt, wie Umfang bestimmend und regelnd (§ 100).

Je zahlreicher und vielfältiger aber jene Verkehrsverhältnisse waren, welche allein auf Grundlage der fides begründet (§ 36) und allein durch das Gesetz der aequitas substantiirt wurden; je machtvoller sodann das Gesetz der boni mores zu Rom eingriff und je sorglicher dasselbe von dem vir bonus beobachtet wurde (§ 39); je strenger endlich über die Verletzung der Treu- und Gewissenspflicht im alten Rom geurtheilt wurde und je empfindlicher der Vorwurf solcher Verletzung traf (§ 40); um so mehr nun mußte bereits von ältester Zeit her ein System von Normen und Ordnungen gegeben sein, in denen der Verpflichtete das Gesetz seines bezüglichen Verhaltens, der Schiedsrichter aber den Maaßstab für seinen Schiedsspruch fand (vgl. § 109). Und zwar konnte solches Gesetz nicht gleich dem Rechte in geschriebener Satzung verlautbart und gleich den XII Tafeln in einem umfassenden Codex vereinigt sein; vielmehr gewann dasselbe seinen Ausdruck lediglich in practischer Uebung, wie in mündlicher Tradition, durch welche die maaßgebenden Anschauungen und Postulate in Gehalt von Axiomen oder Maximen oder auch von specielleren Sätzen, wie in Gestalt von Parömieen oder Gnomen von Generation auf Generation sich überlieferten. Gerade in solcher Gestalt aber der mündlichen Ueberlieferung und der Parömie ist das Gesetz der boni mores dem Rechtsgesetze weit eher ähnlich, als unähnlich gewesen: denn auch das Privatrecht war vor den XII Tafeln ein ungeschriebenes und nur von mündlicher Tradition, wie von practischer Uebung getragen; und so daher konnte auch jenes Privatrecht nur in derartigen Axiomen und Parömieen verlautbart gewesen sein, die leicht und sicher dem Gedächtniß sich einprägten und durch mündliche Tradition sich fortpflanzen ließen. Ja prüfen wir den Bestand der in originaler

Fassung uns erhaltenen XII Tafelgesetze, so haben selbst diese noch zum größten Theile, gleich den ῥῆτραι des Lycurg,[1246]) jenen ihren alten Character als Rechts-Gnomen sich bewahrt, von kurzen Sätzen somit, die, in präciseste, wie typische Ausdrucksform gekleidet, leicht und sicher im Gedächtnisse sich bewahrten[1247]) und deren Auswendiglernen so nun auch zur Aufgabe der Erudition der Jugend erhoben werden konnte.[1248])

Jene Gnomen selbst aber, welche so die Postulate der fides, wie aequitas in volksthümlicher Weise verlautbarten, sind allerdings durch gleichzeitige Quellen uns nicht überliefert: denn die Litteratur, welche dieselben uns bekunden könnte, ist fast vollständig zu Grunde gegangen und bis auf vereinzelte Atome sind uns verloren vor Allem die Reden der vorciceronianischen Zeiten, wie die Origines des Cato mit ihren Sittenschilderungen, woraus noch Sall. Cat. 6—10 seine bewundernswerthe Skizze entlehnt hat;[1249]) verloren sind uns ferner Cato's carmen de moribus,[1250])

1246) Vgl. namentlich Müller, Dorier I, 135. Für die Rechtssprüchwörter im Allgemeinen bei den Griechen bietet namentlich Zeugniß Aesch. Cho. 306 fg.: für feindliches Wort sei feindliches Wort! Also ruft Dike, die lautere, laut, wenn die schuldige Buße sie eintreibt. Für blutigen Mord werd blutiger Mord! Wer that, muß leiden! So heißt das Gesetz in den heiligen Sprüchen der Väter.

1247) So z. B. si pater[familias] filium ter venum duvit, filius a patre liber esto; uti legassit, super pecunia tutelave, suae rei, ita ius esto; cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto; usus auctoritatis fundi biennium, ceterarum rerum annuus esto; adversus hostem aeterna auctoritas esto; si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto; si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento; si calvitur pedemve struit, manum endoiacito; aeris confessi rebusque iure iudicatis, XXX dies iusti sunto; und dergl. m. Dann wieder: noxa caput sequitur; pater est quem nuptiae demonstrant; agnascendo rumpitur testamentum; semel heres semper heres; nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Im Allgemeinen vgl. Dirksen im Rhein. Mus. f. Jurispr. III, 106 fg. Schilling, Bemerkungen 130 fg. 415. Zell, Ferienschriften II, 22 fg.

1248) Plaut. Most. I, 2, 45., wo von den Eltern bezüglich der Kinder gesagt wird: docent litteras, iura, leges; Cic. de Leg. II, 23, 59: discebamus — pueri XII ut carmen necessarium. Und gleiches geschah mit den Rhetren bei den Spartanern: Francke, de Callino p. 199.

1249) Vgl. litterar. Centralbl. 1872. Sp. 393.

1250) Vgl. Bernhardy, r. Litter. A. 265. Jordan, Caton. quae extant p. CI.

wie die Satiren eines Ennius, Lucilius und Varro,[1251]) welche den Contrast und den Lichteffect zu den Sittenzeichnungen ihrer Gegenwart den vergangenen guten Zeiten der Republik entlehnten; und verloren ist endlich auch die juristische Litteratur der Republik, wie der angehenden Kaiserzeit, welche das Uebertreten jener Gnomen in das Recht, die Umwandlung somit der Moralsentenz in den Rechtssatz ganz direct uns bekunden würde. Allein immerhin bieten doch die Rechtswerke der mittleren Kaiserzeit noch zahlreiche Sentenzen solchen gnomischen Characters (§ 140) und berechtigen uns damit zu der Annahme, daß dieselben in solcher ihrer Haltung nicht allein beeinflußt worden sind durch entsprechende vorgefundene Ueberlieferungen aus jenen älteren Zeiten, sondern sogar auch, entsprechend der tralaticischen Manier der römischen Fachlitteratur im Allgemeinen, einen nicht unbedeutenden Kern an alten Ueberlieferungen aus jenen Zeiten uns bieten.

Und zwar zunächst bezüglich des Gesetzes der fides wird dessen allgemeinstes leitendes Princip in dem Postulate des fidem servare cum altero zusammengefaßt und verlautbart,[1252]) der Treu und Redlichkeit somit in Eingehung, wie Erfüllung derjenigen Verbindlichkeit, welche von dem Verpflichteten auf solche Grundlage übernommen ist. Und dieses generellste Postulat präcisirt sich nun wiederum im Einzelnen zunächst in negativer Richtung durch die Sätze:

Non potest improbus (s. § 40) videri, qui ignorat, quantum solvere debeat: Venul. 12 Stip. (D. L, 17, 99);

Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest: Paul. 39 ad Ed. (D. L, 17, 50);

wie andrerseis in affirmativer Richtung durch die Sätze:

Bona fides exigit, ut quod convenit fiat: Javol. 11 Ep. (D. XIX, 2, 21);

1251) Vgl. Gerlach, histor. Stud. II, 34. A. 1. Roth, Theorie d. Gesch. der röm. Satire 12 fg.

1252) § 39. 40. Beil. XVIII § III unter 6. vgl. auch Plaut. Cist. IV, 2, 94: aequom est tenere per fidem, quod creditum est; Prol. zu Plaut. Rud. 47: is leno, ut se aequomst, flocci non fecit fidem; Auct. ad Her. III, 3, 4: fidem magnopere censebimus conservandam; Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 1. pr.): grave est fidem fallere.

Imperitia culpae adnumeratur: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. L, 17, 132);

In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit,[1253]) quominus fiat: Pomp. 22 ad Sab. (D. L, 17, 39);

Plus est in opinione, quam in veritate (s. § 29);

Boni est viri etiam in morte nullum fallere: Syri, sent. 84 (Wölfl.);

In toto et pars continetur: Gai. 3 ad Ed. prov. (D. L, 17, 113), oder: in eo, quod plus sit, semper inest et minus: Paul. 6 ad Ed. (D. L, 17, 110), wozu vgl. A. 182;

Aliud est vendere, aliud vendenti consentire: Ulp. 76 ad Ed. (D. L, 17, 160. pr.);

Dotis causa perpetua est, worüber vgl. Voigt, lex Maenia A. 56.

Bezüglich des Gesetzes der aequitas dagegen ist deren oberstes leistendes Grundprincip in dem Postulate ausgesprochen des suum cuique tribuere,[1254]) ein Satz, der, indem er in dem κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ des Plato und der Stoiker, wie, von diesen entlehnt, auch bei Cicero wiederkehrt und indem er dort als ein aus der hellenischen Volksanschauung entnommenes und zum rechtsphilosophischen Principe verwendetes Axiom sich erweist,[1255]) damit als ein altüberliefertes Stück gräco-italischer Volksanschauung und Pflichtenlehre sich kennzeichnet. Und unterhalb jenes Principes treten sodann wieder als dessen niedere Positionen hervor die beiden Axiome des

Commodum eius est, cuius periculum est: J. Just. III, 23, 3, wozu vgl. § 89. 113 und so insbesondere

---

1253) Diese Ausdrucksweise ist archaisch d. h. für die Kaiserzeit veraltet: § 80; vgl. § 112.

1254) Atilius bei Cic. ad Att. XIV, 20, 3: suam cuique sponsam, mihi meam, suum cuique amorem, mihi meum; Ulp. 1 Reg. (D. I, 1, 10. pr. § 1): iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Juris praecepta sunt haec: — — suum cuique tribuere; Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31. § 1): iustitia, quae suum cuique tribuit; wozu vgl. Thl. I § 93.

1255) Thl. I § 23. A. 215. 216. 276. 277.

Ter. Hec. V, 3, 42: multa ex quo fuerint commoda, eius incommoda aequomst ferre;

sowie des

Par pari referre,

ein Satz, der, entsprechend dem μοῖτον ἀντὶ μοίτου der Hellenen,[1256]) im Allgemeinen die Vergeltung des Gleichen mit Gleichem postulirt,[1257]) insbesondere aber bezüglich des Interessen-Verkehres das Erforderniß ausspricht, daß ebenso das gleiche Recht den gleich qualificirten Personen zu gewähren sei,[1258]) als

---

1256) Hesych. II, 613. Auch dieses „Gleiches mit Gleichem" ist ein Stück uralter gräco-italischer Volksreflexion, welches ebenso in dem Rechte seine Ausprägung erhalten (A. 1259), wie in den philosophischen Systemen Eingang und Verwendung gefunden hat. Namentlich bei Aristoteles ist dasselbe als das ἴσον oder μέσον zu einem wesentlichen Merkmale des Rechtes benützt und in der Weise verwerthet worden, daß das ἴσον theils als Maaßbestimmung für das den gleich qualificirten Personen überhaupt zu gewährende Rechtsquantum, theils aber auch auch als Maaßstab der Ausgleichung für die im Lebensverkehre herbeigeführte Ungleichheit an Integrität von Körper, wie Vermögen hingestellt ist und dementsprechend nun dort als ein ἴσον den ἴσοι zu gewähren, hier aber die eingetretene Ungleichheit durch ein ἴσον: sei dies Talion, sei es Schadenersatz zu beseitigen ist (Thl. I § 24 fg.). Und an dieses ἴσον knüpft wiederum Cicero mit gewissen Modificationen sein par als Rechtsquelle an: Beil. I § 6. 7. Dahingegen Plato und die Stoiker setzen an Stelle des ἴσον das κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ: A. 1255 vgl. Thl. I § 31.

1257) Hieher gehört insbesondere das par pari respondere („Jemandem mit gleicher Münze zurückzahlen") bei Plaut. Pers. II, 2, 41. Merc. III, 4, 44. Truc. V, 47. Ter. Phorm. I, 4, 35 und so auch Ter. Phorm. prol. 20 fg.: benedictis si certasset, audisset bene: quod ab illo adlatumst, sibi esse id relatum putet. Dann auch wieder das par pari referre bei Ter. Eun. III, 1, 55 und das paria facere bei Sen. Ep. I, 9, 6. de Ben. II, 30, 2. III, 9, 3. de Tranq. an. 7, 2. Und endlich auch Ulp. 3 ad Ed. (D. II, 2, 1. pr.): hoc edictum summam habet aequitatem et sine cuiusquam indignatione certa: quis enim aspernabitur, idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit? Endlich noch Cic. Part. Or. 37, 170 bezüglich der aequitas: ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet, quod in beneficio gratia, in iniuria punitio nominatur.

1258) Diese Beziehung kleiden die Römer in das Sprüchwort: Idem Atti, quod Titi: Varr. Idem Atti bei Non. 40, 1. Gell. XIII, 16, 14. vgl. Varr. Testam. bei Gell. l. c. § 18. Und dann z. B. Diocl. im C. Just. III, 38, 3: in bon. fid. iudiciis et quod inaequabiliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.

auch bei eingetretener Verletzung des Einen durch den Anderen die so herbeigeführte Ungleichheit durch Gewährung des Aequivalentes wieder auszugleichen sei. Und indem nun solche Verletzung selbst wiederum zwiefältiger Beschaffenheit ist: theils an Leib und Leben, theils an Hab' und Gut, so führt nun dort jenes Axiom auf das System der Talion,[1259]) hier aber auf die Verpflichtung zur Gewährung des Aequivalentes, wie des Schadenersatzes im Besonderen:

Plaut. Asin. I, 3, 20: par pari datum hostimentumst: opera pro pecunia.

Die Gründe im Besonderen aber der Verbindlichkeit zum Schadenersatze sind wiederum in mehrfachen Gnomen fixirt, und zwar bald in negativer Beziehung, so

Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire: Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. L, 17, 203);

Nemo videtur fraudare (A. 1261) eos, qui sciunt et consentiunt: Ulp. 66 ad Ed. (D. L, 17, 145);

Res non [est] reddita, quae deterior redditur: Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII. 6, 3. § 1);

1259) Diesen Moment faßt besonders in das Auge das ἀντιπεπονθὸς ἄλλῳ des Pythagoras: Thl. I § 18. Im Uebrigen vgl. den Spruch des Rhadamantus bei Hesiod. fr. 217: εἴ κε πάθοι τά κ' ἔρεξε, δίκη κ' ἰθεῖα γένοιτο, sowie die weiteren Anführungen bei Lasaulx, Stud. der class. Alterthumswiss. 238 A. 30. In volksthümlicher Weise spricht das Princip der Talion aus Phaedr. I, 28: nulli nocendum; si quis vero laeserit, multandum simili iure. Im Uebrigen ist das System der Talion ein zwiefaches: entweder es wird an dem verbrecherischen Gliede die Missethat gesühnt: so bei der noxae deditio des Privatrechtes und der deditio per patrem patratum des Fetialrechtes, und so auch im alten ägyptischen Rechte nach Diod. Sic. I, 78; oder es wird dasjenige Uebel, welches der Verbrecher dem Anderen zufügte, über den Ersteren verhängt, so z. B. in der Strafe der membri ruptio, wie des iudicem litem suam facere der XII Taf.; dann auch in der altgriech. Volksanschauung, so Aesch. Ag. 1299 fg. 1391 fg. 1493 (da Verdientes er that, da Verdientes er litt); 1530 fg. (so lange Zeus währt, wird währen auch das Recht, daß, wer erschlug, fällt: denn so ist's Satzung); Cho. 281 fg. 306 fg. (A. 1246), 395 fg. (es erheischt das Gesetz für Blut, einmal vergossen zur Erd, neu fließenden Blutes); Hik. 465 fg. Und so auch im punischen Rechte nach Cat. Orig. IV, 4: si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur, wozu vgl. Jordan, Cat. reliqu. LI.

Donari [1260]) videtur, quod nullo iure cogente conceditur: Pap. 9 Resp. (D. L, 17, 82. XXXIX, 5, 29. pr.);

theils in affirmativer Beziehung, wie

Aequum est nemini officium suum damnosum esse: Afric. 8 Quaest. (D. XXVII, 2, 61. § 5) oder: iniquum est damnosum cuique esse officium suum: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. XXIX, 3, 7), wozu vgl. A. 287;

Non videntur rem amittere, quibus propria non fuit: Pap. 2 Def. (D. L, 17, 83);

Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri: Pap. 1 Quaest. (D. L, 17, 74);

Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt: Sabin. bei Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 36. § 5).

Im Besonderen aber enthält das Gebot des servare fidem alteri die Mißbilligung desjenigen Verhaltens, wodurch die fides verletzt wird sei es bei Eingehung der Vereinbarung: durch dolus malus (Arglist) oder durch vis, oder in gewissen Fällen durch reticentia (A.1263) oder Benutzung des error in der Willensbestimmung des Mitpaciscenten (vgl. § 37 a. E.), sei es bezüglich der Erfüllung der Vereinbarung: durch deren Verkürzung in zeitlicher, örtlicher, quantitativer oder qualitativer Beziehung, somit durch mora solvendi oder durch Solution am unrichtigen Orte oder durch verschuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte.

Und wiederum das Gebot des suum cuique tribuere oder das Verbot der iniquitas enthält die Anforderung ebensowohl den durch die malitia dem Mitinteressenten zugefügten Schaden zu ersetzen, somit den Schaden, der verursacht wurde durch dolus malus oder vis, oder resp. durch reticentia oder Benutzung des error, nicht minder durch mora solvendi oder accipiendi, durch Solution am unrichtigen Orte oder durch verschuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, als auch den mit den Gesetzen der aequitas nicht vereinbarlichen,

---

1260) Donare bezeichnet hier nicht die donatio im wissenschaftlichen Sinne der Kaiserzeit: Schilling, Inst. 348.

gemachten Gewinn dem Mitinteressenten herauszugeben, den Gewinn somit, der erlangt wurde durch die vitiöse causa einer empfangenen Solution oder vermittelst des dem Anderen geschuldeten Objectes oder durch den Aufwand von nothwendigen Impensen, welcher von dem Schuldner auf das geschuldete Object im Interesse des Empfängers gemacht worden ist.

Und diese Sätze und Ordnungen prägten sich in der That auch im bürgerlichen Leben des alten Roms innerhalb der Sphäre der boni mores: der fides, wie aequitas in scharfen und bestimmten Zügen aus, wie solches bekunden

Plaut. Asin. I, 1, 109 fg.: moriri se misere mavolet, quam non perfectum reddat, quod promiserit; Most. IV, 3, 29: fides servanda est: ne ire infitias postules;

Ter. Andr. III, 3, 42: pollicitus sum et servare in eo certum'st, quod dixi, fidem;

Orat. Qu. Caecilii Metelli bei Plin. H. N. VII, 43, 139 fg.: scriptum reliquit decem maxumas res optumasque, in quibus quaerendis sapientes aetatem exigerent, consumasse eum: — — pecuniam magnam bono modo (A. 1244) invenire;

Sall. Cat. 7: divitias honestas volebant (sc. maiores);

Plaut. Asin. III, 2, 15., wo als Vorwurf ausgesprochen wird: fidentem fraudaveris[1261]).

Polyb. VI, 56: ούδεν αἰςχρον — τοῦ πλεονεκτεῖν ἀπὸ τῶν μὴ καθηκόντων (s. Thl. I § 27)· καθ' ὅσον γὰρ ἐν καλῷ τίθενται τὸν ἀπὸ τοῦ κράτιστου χρηματισμὸν, κατὰ τοςοῦτον πάλιν ἐν ὀνείδεςι ποιοῦνται τὴν ἐκ τῶν ἀπειρημένων λεονεξίαν·

Cic. p. Rom. Am. 38, 111: in privatis rebus si quis rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa, verum etiam negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant;

Cic. Parad. III, 1, 21: an virum bonum dices, qui depositum nullo teste, cum lucrari inpune posset auri pondo X, reddiderit, si idem in X milibus non idem fecerit?

1261) Wegen fraudare, benachtheiligen s. Voigt, Bedeutungswechsel 110 fg.

Cic. de Off. III, 13, 54: vendat aedes vir bonus propter aliqua vitia, quae ipse norit, ceteri ignorent: pestilentes sint et habeantur salubres, ignorentur in omnibus cubiculis apparere serpentes, male materiatae sint, ruinosae, sed haec praeter dominum nemo sciat. Quaero, si haec emptoribus venditor non dixerit aedesque vendiderit pluris multo, quam se venditurum putarit, num id iniuste aut improbe fecerit? III, 15, 62: Q. — Scaevola P. f. cum postulasset, ut sibi fundus, cuius emptor erat, semel indicaretur, idque venditor ita fecisset, dixit se pluris aestimare: addidit centum milia;

Polyb. XXXII, 13, welcher berichtet, daß, als P. Cornelius Scipio Aemilianus im J. 592 seinen Tanten deren Dos auf Einen Termin durch seinen Banquier auszahlen läßt, während er das zweite und dritte Drittheil erst resp. nach einem und zwei Jahren zu zahlen verpflichtet ist [1262]), die Gatten der Betreffenden erst den Banquier und dann den Scipio selbst auf solchen vorausgesetzten Irrthum aufmerksam machen [1263]);

Plaut. Bacch. IV, 4, 100: mea fiducia (i. e. fide) opus conduxi et meo periculo rem gero.

Und wie daher der Lebensverkehr, der auf der Grundlage der boni mores und fides sich bewegt, für den öconomischen Gehalt der so begründeten Verbindlichkeiten seinen Regulator in der aequitas findet, als dem Gesetze der Billigkeit in Abwägung, wie Ausgleichung der collidirenden Vermögensinteressen, hierin somit dem Principe der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung sich unterordnend; so nun unterfallen anderentheils solche Lebensverhältnisse auch dem Principe der arbiträren richterlichen Cognition: denn die Satzungen der mores kleiden

1262) Vgl. Voigt, lex Maenia § 6.

1263) Bei Cic. de Off. III, 13, 54. 15, 62. steht jedoch ein die Anforderung der Volksanschauung noch übersteigendes, bei Pol. cit. dagegen ein durch die boni mores erfordertes Maaß der fides in Frage: Benutzung des error in der Willensbestimmung des Mitpacifcenten und reticentia sind nicht allgemein reprobirt, sondern nur insoweit, als ein besonderes officium die Paciscenten verbindet: § 37 a. E.

sich in Vorschriften, deren Denkgehalt nur in relativer Maaße bestimmt und begränzt ist; und so daher konnten die richterlichen Organe der boni mores: das consilium cognatorum et amicorum und der compromissarische arbiter oder iudex [1264]) nicht mit einer einfachen, rein logischen Subsumtion der Zweifelsfrage unter die Satzung der mores sich begnügen und ihre Entscheidung somit nicht auf die Frage allein des nackten Recht- oder Unrechthabens beschränken, als vielmehr dieselben waren darauf angewiesen, die anzuwendende Norm unter Berücksichtigung der besonderen thatbeständlichen Momente des concreten Falles genauer zu präcisiren und demgemäß nun auch das Quale und Quantum der entgegenstehenden Ansprüche unter Berücksichtigung der collidirenden Parteiinteressen beiderseitig abzuwägen und das danach sich ergebende Facit durch die Entscheidung zu fixiren.

§ 102.

Fortsetzung.

B. Die Herrschaft der aequitas innerhalb des ius.

1. Die arbitria der leg. a. per iud. post. gegenüber dem Principe der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung.

Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal der arbitria der leg. a. per iud. post. liegt in der aequi et bona clausula der intentio, somit in deren Conception auf quantum aequius melius est ob eam rem mihi a te dari oder, bei a. rei uxoriae insbesondere, auf quod eius melius aequius erit ob eam rem mihi a te dari (Beil. XX § III, IV). Und zwar wird durch diese Clausel die Schuldverbindlichkeit in ihrem öconomischen Gehalte, somit bezüglich des Schuldbetrages an sich, ausdrücklich auf die aequitas gestellt, als das von der römischen Volksanschauung getragene Gesetz der Angemessenheit oder Billigkeit in Abwägung und Ausgleichung colli-

---

1264) Thl. II § 42 und A. 480. Judex im Sinne des Schiedsrichters findet sich bei Plaut. Rud. V, 3, 24 fg., Cas. prol. 76. Liv. III, 24, 5. 56, 4. Plin. H. N. IX, 35, 120 fg., Val. Max. II, 8; 2. VII, 2, 4. Macr. Sat. III, 17, 17.

dirender Vermögensinteressen (§ 100), damit aber ebenso direct der Beklagte, wie indirect der Richter auf solches Gesetz verwiesen als auf die Norm, nach welcher Beide jenen Schuldbetrag zu bemessen haben.

In solcher Ordnung prägt sich aber in vierfacher Beziehung etwas höchst Characteristisches aus: einmal das aequum et bonum wird unverhohlen als eine Norm anerkannt, welche ein Verschiedenes von dem ius ist und als zweites und selbsteigenes Gesetz coordinirt neben demselben steht; nicht minder wird solches aequum et bonum als maaßgebende Norm für das betreffende Rechtsverhältniß, wie Richterurtheil ausdrücklich herbeigezogen uud damit dasselbe zum Complemente des Rechtes bei Regelung des Rechtsstreites erklärt, während normaler Weise doch in dem Rechte allein die Satzungen dargeboten sind, nach denen das Rechtsverhältniß zu regeln und zu beurtheilen ist; sodann aber wiederum wird dadurch, daß vermittelst jener Clausel das Recht selbst gleich als lex referens Parteien und Richter auf die aequitas gleich als lex relata verweist, die letztere mit dem Werthe und der Geltung einer Rechtsordnung für die bezüglichen Verhältnisse bekleidet, als einer Norm somit von kategorisch bindender Macht für die Interessenten, wie für den Richter, daher ebenso das Urtheil bestimmend, wie eventuell auch durch die Execution zu verwirklichen; und endlich beschieht allenthalben solche Verweisung nur in der Form einer nackten Bezugnahme auf die aequitas im Allgemeinen, ohne daß irgend wie das in concreto zur Anwendung gelangende specielle Postulat derselben hervorgehoben und bezeichnet würde, so daß demnach ebenso die Kenntniß jener Gesetze im Allgemeinen der aequitas, wie die Wissenschaft davon, welches von diesen Gesetzen in concreto Anwendung zu erleiden habe, ohne Weiteres bei dem Volke vorausgesetzt werden.

Im Uebrigen aber ergeben sich hieraus für das Verhältniß zwischen aequitas und ius die weiteren Momente: zuerst daß, während das betreffende Rechtsverhältniß nur von dem ius kraft eigener Autorität und kraft ursprünglichen Berufes beherrscht wird, die aequitas ihre bezügliche Anwendnng und Geltung lediglich aus der durch das ius ihr besonders zu Theil gewordenen Berufung ableitet und stützt: und dies nun begründet eine wesentliche Verschiedenheit der arbitria von den der Sphäre der mores allein

anheimfallenden Lebensverhältnissen, da über diese wiederum die aequitas, nicht aber das ius kraft eigener Machtvollkommenheit und Bestimmung herrscht (§ 101). Sodann das betreffende Rechtsverhältniß stützt sich bezüglich seiner Existenz: seiner Begründung, wie Aufhebung auf das ius allein und ausschließlich [1265]), ohne daß nach dieser Richtung hin die aequitas irgend wie maaßgebend würde, wogegen wiederum bezüglich seines öconomischen Gehaltes: in Inhalt und Umfang der dem Beklagten angesonnenen Verbindlichkeit dasselbe allein und ausschließlich von der aequitas beherrscht wird, indem das ius diese a priori ihm zufallende bezügliche Aufgabe ausdrücklich der aequitas allein überweist: und dies wiederum ergiebt ebenso eine Aehnlichkeit, wie eine Unähnlichkeit zwischen den arbitria und den der Sphäre der mores allein anheimfallenden Lebensverhältnissen: die letzteren unterfallen bezüglich ihrer Existenz dem Gesetze der fides, bezüglich ihres öconomischen Gehaltes dem Gesetze der aequitas. Und drittens endlich liegt es im Wesen der aequitas (§ 100), den Anspruch des Klägers nicht einseitig nach Maaßgabe von dessen alleinigem Interesse zu beurtheilen und zu bemessen, als vielmehr in vollster Gleichheit und Gleichseitigkeit auch die Interessen des Beklagten mit zu erwägen und zu wahren, so daß nicht allein ebenso der Anspruch des Klägers, wie der etwaige bezügliche Gegenanspruch des Beklagten ein jeder für sich unter Berücksichtigung und Abwägung der beiderseitigen Interessen bemessen, sondern auch die beiderseitigen Ansprüche wiederum gegen einander abgewogen werden und so in

---

1265) Dieser Satz erleidet eine Modification bezüglich der a. tutelae und fiduciae: Beide haben neben dem ius auch die fides zu ihrem Fundamente und zwar die erstere insbesondere um deßwillen, weil die tutela auf einem besonderen officium beruht (A. 287), die letztere aber auf Grund der dem pactum fiduciae inserirten, der doli clausula parallelen Clausel: fidei, fiduciae causa: A. 1168. Daher involvirt die Verletzung der bezüglichen Pflichten, welche es bis zum Richterurtheile kommen läßt, ebenso eine Rechts-, wie eine Treu-Verletzung, weßhalb die Klage, ebenso wie die a. de rationibus distrahendis und suspecti tutoris, a. famosa ist. In der lex Jul. mun. im C. J. L. I no. 206 lin. 111 und im Edict in Dig. III, 2, 1 sind diese beiden Klagen sammt der a. tutelae unter dem tutelae damnari zusammengefaßt. Dahingegen gehört nicht hierher die a. leg. Plaetoriae, welche eine a. de dolo ist: A. 1283.

ihrem Facit das Object, der richterlichen Condemnation ergeben[1266]). Und dies wiederum bedingt, daß ebensowohl der connexe Gegenanspruch des Beklagten ipso iure zur Geltung kommt d. h. dessen Berücksichtigung ohne Weiteres dem officium iudicis inliegt[1267]), als daß auch solcher Gegenanspruch nothwendig dem Voranspruche unmittelbar und in dem Processe über den letzteren selbst entgegengestellt werden muß, somit also nur durch das Mittel der processualischen Defension in jenem Processe, nicht aber durch selbsteigene Klage geltend gemacht werden kann, indem die a. contraria gegenüber dem arbitrium der Legisaction vollständig unbekannt ist[1268]), hier vielmehr die a. directa und contraria des

---

1266) Cic. p. Rosc. Com. 4, 10: arbitrium incertae (sc. pecuniae est); — — ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum, quantum postulavimus, consequamur; Sen. de. Ben. III, 7, 5: huius (i. e. arbitri) libera et nullis adstricta vinculis religio (sc. est) et detrahere aliquid potest et adicere et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia inpulit regere; de Clem. II, 7, 3: liberum arbitrium habet: non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat et — illi licet — quanti vult taxare litem. Im Besonderen wegen des arbitrium rei uxoriae bietet eine Analogie die a. sponsae pecuniae in § 107 unter c.

1267) So bezüglich der impensae auf die mit der res principalis zu restituirenden fructus: Sab. bei Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 36 § 5): fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt, was sicher ein altes Axiom war (§ 101 vgl. A. 1661); dann ferner bezüglich der res uxoria: Nerat. 2 Membr. (D. XXV, 1, 15): quod dicitur impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, wo sonach ein alter Rechtssatz interpretirt wird; vgl. Ulp. 36 ad Sab. (D. XXV, 1, 5. pr.): quod dicitur necessarias impensas dotem minuere; Paul. 6 ad Plaut. (D. XXIII, 3, 56. § 3): quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, sowie Voigt, lex Maenia A. 88 und unten § 107. Und so nun später auch bei der bon. fid. a.: § 90.

1268) Die contraria tutelae a. ist honorarisch: Ulp. 26 ad Ed. (D. XXVII, 4, 1. pr.) s. A. 1392. Gegenüber der a. rei uxoriae giebt es keine a. contraria in der Function einer a. retentionis ommissae d. h. zur Verfolgung der unterlassenen Retention: Ulp. fr. VI, 10: sextae (sc. dotis propter liberos) in retentione sunt, non in petitione, wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. 395, und erst eine späte Zeit gab hier cond. ob caus., insoweit deren Thatbestand vorliegt, so Ulp. 36 ad Sab. (D. XXV, 1, 5. § 2) nach dem Vorgange des Marcellus, allerdings unter Widerspruch der gemeinen Meinung: Voigt, a. O. 394. Ebensowenig gab es eine fiduciae

Formularprocesses zu einer processualischen Einheit zusammengezogen sind. Auf der anderen Seite aber geht diese Zweiseitigkeit auch nur soweit, daß durch den Gegenanspruch des Beklagten der klägerische Anspruch gemindert oder etwa auch völlig absorbirt wird, nicht aber soweit, daß wegen eines etwaigen Ueberschusses, den der Gegenanspruch des Beklagten über den Anspruch des Klägers ergiebt, der Letztere hätte verurtheilt werden können, da dieses vielmehr eine Sondereigenthümlichkeit des iudicium divisorium allein ist.

Jener letzteren Ordnung entspricht daher die Thatsache, daß alle wesentlich, wie zufällig zweiseitigen Quasicontracte, so z. B. familiae erciscundae, wie tutelae, und alle zufällig zweiseitigen Contracte[1269]), wie z. B. fiduciae, bei denen somit je nach der concreten Gestaltung der Verhältnisse die beiden Interessenten bald nur je Creditor und Debitor, bald aber auch Beides zugleich sind, den arbitria überwiesen sind, während auf Seiten der lites, iudicia und condictiones die wesentlich einseitigen Obligationen stehen.

Sodann beschränkt sich allerdings auch das richterliche Officium keineswegs auf ein Erkenntniß über ein dare, sondern umfaßt bei gewissen Klagen auch die Auferlegung von Cautionen, so bei a. communi dividundo oder aquae pluviae arcendae oder bei Klage wegen damnum infectum[1270]). Allein da, wie aus der

contraria: denn, sagt Paul. sent. rec. II, 13, 7: si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda, quae impendit, iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium d. h. zur Geltendmachung der Impensenforderung dient das iudicium (nicht die actio, da ipso iure compensirt wird) fiduciae, in welchem bezüglich derselben dem creditor oder Beklagten der debitor oder Kläger als Verpflichteter gegenübersteht; vgl. A. 1392a. Die einzige, aber nur scheinbare Ausnahme ergiebt die Klage aus communio incidens, insofern diese gleichmäßig den beiden Interessenten zusteht.

1269) Wesentlich zweiseitige Contracte treten erst mit dem ius gentium in das röm. Recht hinein: § 109.

1270) Bei a comm. divid., worüber vgl. Beil. XX A. 23, ward solche Caution durch Stipulation vermittelt: denn die Schaffung solcher Klage ist weit jünger als die Reception der Stipulation in das röm. Recht; bei a. aquae pluv. arcendae und wegen damnum infectum, worüber vgl. A. 1281 fg., griff dagegen eine den XII Taf. geläufige Modalität des cavere Platz: A. 1223.

intentio der a. comm. div. mit Sicherheit zu ersehen, die Ermächtigung zu solcher Condemnation durch die Conception der betreffenden intentio dem Richter besonders ertheilt wird, so kann solche weder über den Kreis der so concipirten Klagen hinaus zu Gunsten des Klägers, noch auch überhaupt bei irgend welcher Klage zu Gunsten des Beklagten dem Richter zugestanden haben.

So daher unterfällt in den bezeichneten Momenten das arbitrium rücksichtlich des öconomischen Gehaltes der bezüglichen Rechtsverhältnisse der Herrschaft der aequitas in deren für den gegenwärtigen Zeitraum allein maaßgebender Bedeutung als Vertreterin des Principes der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung, wogegen das ius in dieser Beziehung auf einen mitbestimmenden Einfluß verzichtet. Nur in dem einen und isolirten Punkte greift hiervon eine Ausnahme Platz, daß bei der a. fiduciae cum amico die poena iniustae actionis susceptae von 100 % eintritt (A. 860): denn hiermit decretirt ebenso das ius über das vom Beklagten dem Kläger zu gewährende Quantum: durch Verdoppelung des nach Maaßgabe der aequitas zu prästirenden Simplum, wie auch der rigor mitbestimmend eingreift in das Herrschaftsgebiet der aequitas: durch Anordnung seiner poena temeritatis.

Was nun im Einzelnen die Stellung des arbitrium gegenüber den in § 75 dargelegten Positionen der aequitas betrifft, so ist bezüglich der dritten Position die im Allgemeinen übereinstimmende Structur der arbitria bereits im Obigen dargelegt. Bezüglich der beiden ersten Positionen der aequitas aber, somit also rücksichtlich der Frage, inwieweit das arbitrium neben seiner principalen Aufgabe, die Erfüllung der Hauptobligation herbeizuführen, zugleich als Schäden- oder als Bereicherungsklage fungirte, ist auszugehen von den entsprechenden Verwendungen der bon. fid. a., da diese in solcher Hinsicht die sämmtlichen Functionen auf das Erschöpfendste in sich vereinigt, welche überhaupt das römische Recht einer Klage mit anderer Hauptaufgabe nach jener Richtung hin jemals überwiesen hat. Von solchen Nebenfunctionen der bon. fid. a. entfällt aber zunächst eine gewisse Anzahl bei den arbitria. Und zwar ist

a. zuvörderst die mora solvendi dabei irrelevant, wie mit Sicherheit daraus zu ersehen ist, daß die poena temeritatis wegen

iniusta actio suscepta bei a. fiduciae cum amico Platz greift. Denn da in der poena temeritatis von 100 % in Wahrheit ein reipersecutorisches Element mit dem pönalen sich verbindet, welches in dem Schadenersatze wegen objectiv rechtswidriger Verzögerung der Solution besteht (§ 79), so ist hiermit ausgeschlossen, daß daneben bei jener Klage und daß somit auch bei den arbitria im Allgemeinen mit der mora solvendi eine Verpflichtung zum Schadenersatze verknüpft gewesen sei. Vielmehr ist auch bezüglich der arbitria jener bei den lites leitende Gesichtspunkt maaßgebend, daß im Falle der mora bei sofortiger Klagerhebung der etwa erwachsende Schaden unbeachtlich sei, die Verzögerung der Klagerhebung dagegen eine negligentia involvire, deren Folgen der Gläubiger sich selbst zuzuschreiben habe, somit aber es außerhalb der Aufgaben des Rechtes liege, für Schadenersatz wegen Mora Vorsorge zu treffen, (§ 104), ausgenommen jenen Fall der a. fiduciae cum amico, wo, indem ein besonderes officium den Verpflichteten band, die rechtswidrige Verzögerung der Solution eine ganz flagrante Pflichtverletzung enthielt und um deßwillen nun eine poena temeritatis gesetzt war, die wiederum bei der a. fiduciae cum creditore hinwegfiel [1271]).

b. Daraus ergiebt sich sodann ohne Weiteres, daß andrerseits auch die mora accipiendi keinen Ersatzanspruch des Schuldners begründete, überhaupt aber derselben kein ipso iure eintretender Effect zukam, so daß dieselbe lediglich die auch bei den lites eintretende Wirkung (§ 97) haben konnte, den Schuldner zu einer interpellatio an den Gläubiger auf Abnahme der res debita zu

---

1271) A. 860. 287. 290. 1265. Daß gleiche poena temeritatis nicht auch bei der a. tutelae Platz griff, wo doch ein gleiches officium unterlag, erklärt sich theils daraus, daß hierin nur ein Quasicontract, nicht wie bei der fiducia ein Contract vorliegt, somit also die präcise Bestimmung des Solutionstermines fehlt, theils aber auch hier die grobe Pflichtverletzung als Delict behandelt wird: in der a. de rationibus distrahendis und suspecti tutoris. — Daß auch bei der der Frau zuständigen a. rei uxoriae, welche durch Verzug der Restitution der Dos Seitens des Ehemannes vererblich wird, mora nicht im technischen Sinne, sondern im untechnischen Sinne des Verzuges schlechthin (A. 1003) zu nehmen sei, wird bereits bemerkt von Mommsen, Beitr. III, 265 A. 17 und wird bestätigt durch Paul. 8 Resp. (fr. Vat. 112).

ermächtigen, deren Effect dann bei fortgesetzter Mora die Liberation des Schuldners war.

c. Nicht minder ist der Solution an dem illegalen Leistungsorte die Relevanz abzusprechen, da bei gegebener Bestimmung eines Leistungsortes der Gläubiger die Solution an einem anderen Orte gar nicht anzunehmen brauchte, bei unterlassener contractlicher Vereinbarung aber eines Leistungsortes der Gläubiger seiner negligentia es zuzuschreiben hatte, wenn an einem ihm unbequemen Orte der Schuldner leistete, überdem aber auch bei der geringen Ausdehnung des alten römischen Staatsgebietes jenes Verhältniß in ältester Zeit überhaupt eine nur untergeordnete öconomische Bedeutung haben konnte.

d. Ingleichen ist die Benutzung des error in der Willensbestimmung des Mitpacisecnten nicht allgemein, sondern lediglich da, wo ein besonderes officium zwischen Jenen Platz griff, wie zwischen Tutor und Pupill oder zwischen amici durch die boni mores reprimirt gewesen (A. 1263), dementsprechend nun auch solches Verhalten außerhalb solches Officium erst verhältnißmäßig spät: in der zweiten Periode als Verletzung der fides aufgefaßt wurde (A. 1557); und ebenso greift

e. gleiches Verhältniß bezüglich der sachlich auf das Innigste mit der Benutzung des error zusammenhängenden reticentia Platz (A. 1263). Endlich

f. die Vermögensschädigung durch vitiöse causa des Rechtsgeschäftes begründet gleichfalls keinen durch das arbitrium geltend zu machenden Restitutionsanspruch. Denn theils ist diese theoretische Figur an und für sich erst ein Product der Theorie des nächstfolgenden Zeitraumes (§ 120), theils ist auch die Zuertheilung der Function einer cond. ob caus. an die bon. fid. a. sogar erst ein Product der zweiten Periode (§ 128); und dann wiederum greift auch die Relevanz der vitiösen causa über das das principale Rechtsverhältniß abschließende Rechtsgeschäft hinaus und auf die demselben unterliegende causa zurück, diese letztere nach ihrer Legalität prüfend und je nachdem mit rescindirendem Effecte bekleidend. Und gerade dieser Sachverhalt ist wiederum vollständig unvereinbar mit dem ältesten Rechte und seinen leitenden Maximen: denn nach Maaßgabe von § 5 ist dort unbedingt ausgeschlossen die Möglichkeit, daß z. B. die a. fiduciae cum creditore auf die

Thatsache habe gestützt werden können, das dabei zu Grunde liegende nexum enthalte mit Rücksicht auf die nichterfolgte Auszahlung des Darlehns eine causa non secuta, und es sei demnach die fiducia ohne Rückzahlung der durch das Nexum verlautbarten Darlehnsschuld zu restituiren[1272].

Dahingegen gewinnen wiederum bei den arbitria im Allgemeinen Relevanz

1. die Verschuldung des Debitor bezüglich der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, und dies zwar in der Richtung, daß, während bei den lites der Verpflichtete unbedingt auf die Solution verhaftet ist, gleichgültig ob durch seine Verschuldung oder durch Zufall dieselbe vereitelt oder beeinträchtigt ward (§ 97), bei den arbitria der Beklagte insoweit von seiner Verbindlichkeit liberirt wird, als durch Zufall die Solution vereitelt oder beeinträchtigt ward, somit aber nur insoweit haftet, als seine eigene Verschuldung solches Ergebniß herbeiführte. Und zwar ist dieser Rechtssatz begründet in dem Wesen der aequitas, nach beiden Seiten hin den Vermögensinteressen der Parteien Rechnung zu tragen, wonach nun für den Richter die Aufgabe, wie Ermächtigung sich ergiebt, dem Untergange, wie der Deterioration des Streitobjectes Gewicht beizumessen, sei dies zu Gunsten des Beklagten beim Eintritte des Zufalles, sei es zu dessen Ungunsten bei obwaltender Verschuldung, und zwar Rechnung zu tragen in der Richtung, daß dort eine gänzliche oder theilweise Freisprechung, hier aber an Stelle der Verurtheilung in das Streitobject dessen richterliche Aestimation und die Condemnation in deren Ergebniß eintrat, womit allenthalben auch das bei der leg. a. sacr. sich vorfindende besondere arbitrium litis aestimandae entbehrlich ward.

Die culpa oder Verschuldung an sich aber des Debitor ward hierbei durchgehends bemessen nach dem Maaßstabe der diligentia, quam suis rebus praestat,[1273]) daher den Thatbestand jener

---

1272) Ganz irrelevant für die obige Frage nach solcher Nebenfunction des arbitrium ist die Thatsache, daß die spätere Jurisprudenz neben das arbitrium in seiner Hauptfunction mehrfach auch eine cond ob caus. stellte, so z. B. in Concurrenz mit der a. fiduciae oder mit der a. rei uxoriae die cond. causa finita: Voigt, Cond ob caus. § 77 unter 7 und 5 c.

1273) So bezüglich der fiducia Cels. 11 Dig. (D. XVI, 3, 32): si quis

culpa die Vernachlässigung von solcher diligentia ergab, gleichgültig im Uebrigen, ob dieser Mangel der diligentia als Vorsatz (dolus malus) oder aber als Fahrlässigkeit (negligentia) sich qualificirte. Und wenn nun diese Auffassung in directem Gegensatze steht zu der in dem Delictrechte maaßgebenden, wie zu der in dem nächsten Zeitraume zur Geltung gelangenden,[1274]) so entspricht doch dieselbe allein dem Wesen der arbitria und dem Verfahren, den Regulator von deren öconomischen Gehalte dem Gesetze der boni mores zu entnehmen: denn dieses Gesetz kann in der That den Maaßstab für Bemessung der von dem Individuum geschuldeten pflichtmäßigen diligentia lediglich in dem besonderen Naturell und Character des Einzelnen finden.

---

non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in fiducia (Trib.: deposito) praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam praestabit, wo die Interpolation Tribonians: depositum verkehrt ist, da der Depositar ja gar nicht für culpa in concreto, sondern nur für dolus haftet: Schilling, Inst. § 273 b, und wo etwa auch statt quis non ad besser quis ad zu lesen ist; Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. pr.): ita culpae fiat aestimatio (sc. in commodato), sicut in rebus fiduciae (Trib.: pigneri) datis et dotalibus aestimari solet, wozu vgl. Schilling, a. O. § 236 k. 271 d. 276 Zus. Alex. im C. Just. IV, 24, 3: creditor, qui praedium fiduciae (Trib.: pignori) sibi nexum detinuit, fructus, quos percepit vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet et, si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine fiduciae (Trib.: pignoraticiae) actione obligatur, wozu vgl. Schilling, a. O. § 153 Zus. 2. Vgl. A. 1732. Hasse in Ztschr. f. gesch. R. W. IV, 234 fg. Culpa § 48. Unterholzner, Schuldverh. II², 852. Wächter in Archiv f. civil. Prax. XV, 134 fg. Schilling, a. O. § 234 s. — Bezüglich der res uxoria: Gai. 9 ad Ed. prov. cit; Ulp. 33 ad Ed. (D. XXIV, 3, 24. § 5); Paul. 7 ad Sab. (D. XXIII, 3, 17. pr.); vgl. Justinian. im Cod. V, 14, 11., sowie A. 1733; dann vgl. die Zeugnisse über den Rechtsfall der Cornelia in Voigt, lex Maenia bei A. 97. — Bezüglich der tutela: Ulp. 36. 49 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. pr. XXVI, 7, 10); Paul 32 ad Ed. (D. XLVII, 2, 33. § 3); Callistr. 4 de Cogn. (D. XXVI, 7, 33. pr.); vgl. A. 1734. — Bezüglich der communio incidens: Paul. 33 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 16); vgl. A. 1735. — Im Allgemeinen vgl. A. 1732 fg.

1274) Wegen des civilen, wie criminellen Delictrechtes vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 45 fg. 81 fg. Wegen der Theorie der nächsten Periode, welche theils nach generellem Maaßstabe die Verschuldung bemißt, theils dementsprechend nicht mehr unbedingt für Fahrlässigkeit, sondern je nach dem bon. fid. negotium auch für Dolus allein die Haftung auferlegt, vgl. § 112. 141.

2. Nicht minder gewinnt der dolus malus (Arglist), angewendet zur Beeinflussung der Willensbestimmung des Mitinteressenten bei Rechtsacten für das arbitrium Relevanz,[1275]) wie solches besonders hervorgehoben wird von

Cic. de Off. III, 15, 61: dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis — —. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt in arbitrio rei uxoriae „Melius aequius," in fiducia „Ut inter bonos bene agier." Quid ergo? aut in eo „Quod melius aequius" potest ulla pars inesse fraudis aut cum dicitur „Inter bonos bene agier" quicquam agi dolose aut malitiose potest? (s. Beil. XXI A. 211); vgl. N. D. III, 30, 74.

Und Gleiches ergiebt sich hieraus

3. bezüglich der vis, angewendet zu entsprechender Beeinflussung der Willensbestimmung des Mitinteressenten, da solche in gleicher Maaße mit dem Gesetze der boni mores in Widerspruch trat (§ 37 a. E.).

4. Sodann die Relevanz des Gegenanspruches des Schuldners wegen der innerhalb des Rechtsverhältnisses und insbesondere auf die res debita im Interesse des Gläubigers aufgewendeten, nothwendigen Impensen ist wiederum ohne Weiteres bedingt durch das Wesen der aequitas selbst: durch das Erforderniß einer allseitigen Berücksichtigung der collidirenden Vermögensinteressen und der entsprechenden Gleichstellung der beiden Parteien. Indem daher solche Gegenforderung des Beklagten in Abrechnung von der Hauptforderung des Klägers gebracht wird, so versieht denn nun das arbitrium hierin die Function einer Bereicherungsklage, wenn auch, in Ermangelung der a. contraria, lediglich in einer durchaus defensiven Richtung.[1276]) Und dem entsprechend gewinnt endlich

---

1275) Wegen der a. tutelae vgl. Beil. XX A. 27; dann z. B. Pap. 20 Quaest. (D. XXVI, 9, 3), Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 5); doch griffen hier concurrirend die a. de rationibus distrahendis und suspecti tutoris ein: A. 1271. — Wegen der a. rei uxoriae vgl. z. B. Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIII, 3, 6. § 2), Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 16), 35 ad Ed. (D. XXVI, 7, 7. pr.).

1276) Vgl. A. 1267. Insbesondere wegen a. fiduciae vgl. Cic. p. Caec.

5. auch wieder Relevanz der Anspruch des Gläubigers auf denjenigen Gewinn, welcher nach Begründung des Schuldverhältnisses von dem Schuldner vermittelst der res debita gemacht worden ist, ohne daß demselben auf Grund der gesetzlichen Ordnung des Rechtsverhältnisses solcher Gewinn gebührte, daher derselbe wiederum in correspondirender Maaße den Rechtsanspruch des Gläubigers vergrößert.[1277])

Hierin allenthalben aber prägt sich, was insbesondere die Function des arbitrium als Schädenklage anbetrifft, die in § 80 dargelegte Methode der aequitas aus, daß die Vermögensschädigung in Contracts- und Quasicontracts-Verhältnissen als einfache Widerrechtlichkeit aufgefaßt und behandelt und insbesondere auch auf den subjectiven Thatbestand einer Verschuldung gestellt wird, demnach aber eine rein reipersecutorische Verpflichtung zum Schadenersatze begründet, die nun von der That-

---

3, 7: fiduciae ratio; Top. 17, 66. Gai. IV, 62. 63. Paul. sent. rec. II, 13, 7 und dazu A. 1095. Wegen der a. rei uxoriae: A. 1267, sowie Cic. Top. 17, 66. Pap. 32 Quaest. (D. XXIII, 2, 61); Ulp. 36 ad Sab. (D. XXV, 1, 1. § 2 fr. 5. pr. — § 2); Marc. 3 Reg. (D. XXXIII, 4, 5); J. Just. IV, 6, 37. vgl. Voigt, lex Maenia A. 88. Wegen a. tutelae: Gai. IV, 62. 63. Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 5, 1. § 4. 8. fr. 3. § 8). Wegen communio incidens: Lab. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 3, 4. § 3); Nerv. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. eod. fr. 6. § 3); Jul. 2 ad Urs. Fer. (D. X, 2, 52. § 2); Gai IV, 62 (?). 63; Scaev. 1 Resp. (D. X, 2, 39. pr., wo exc. doli im civilrechtlichen Sinne gebraucht ist); Ulp. 30 ad Sab (D. X, 3, 3. pr.); Paul. 3 ad Plaut. (D. eod fr. 14. § 1), 23 ad Ed. (D X, 1, 4. § 1); Diocl. im C. Just. III, 37, 4. J. Just. IV, 6, 28.

1277) Wegen a. fiduciae vgl. Cic. pr. Caec. 3, 7 in A. 1276. Paul. sent. rec. II, 13, 1: debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem; Alex. im C. Just. IV, 24, 3 in A. 1273. — Wegen der a. rei uxoriae: Jul. 18 Dig. (D. XXIII, 3, 47), 1 ad Urs. Fer. (D. XXIX, 2, 45. § 1) und bei Tryph. 11 Disp. (D XXIII, 3, 78. § 4); Scaev. 2 Resp. (D. XXIV, 3, 50); Pap. 4 Resp. (D. XXIII, 3, 69. § 9); Ulp. 31. 34 ad Sab. (D. XXIV, 3, 7. § 12. XXIII, 3, 10. § 1. 2. fr. 16); Paul. 6 ad Sab. (D. XXIII, 3, 4); Marc. 3 Reg. (D. XXIII, 3, 52). — Wegen der communio incidens: Lab. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 3, 4. § 3); Sabin. bei Paul. 9 ad Plaut. (D. XLV, 3, 32), Sabin. und Atilicin. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 3, 6. § 4), Jul. bei Paul. 6 ad Sab. (D. X, 2, 44. § 3); Pomp. 21 ad Sab. (D. X, 2, 47); Gai. 7 ad Ed. prov. (D. X, 2, 19. X, 3, 11); Ulp. 30 ad Sab. (D. X, 3, 3. pr.), 19. 32 ad Ed. (D. X, 3, 6. pr. § 2. fr. 23), Paul. 22. 23 ad Ed. (D. IX, 4, 19. pr. X, 1, 4. § 1. X, 2, 56), 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 14), Diocl im C Just. III, 37, 4. J. Just. III, 27, 3. 4.

sache der in concreto wirklich erlittenen Schädigung abhängig ist, wie nach deren Betrage sich bemißt, wobei im Uebrigen das pretium rei den Maaßstab und das Judicat den Zeitpunkt für Bemessung des Schadenersatzes ergiebt, dieser selbst daher als quanto minoris res est sich beziffert (vgl. § 124).

Im Einzelnen ist jedoch die Verwendbarkeit des arbitrium für jene mannichfachen Nebenfunctionen wiederum eine sehr verschiedene, bedingt hierin durch die Verschiedenheit ebenso der practischen Tendenz, wie des juristischen Naturelles solcher Klagen. Und zwar zerfallen dieselben in letzterer Beziehung je nach ihrem Entstehungsgrunde in vier verschiedene Gruppen: die a. fiduciae, als Klage aus einer lex contractus, welche, der mancipatio oder in iure cessio inserirt, auf Grund ihrer fidëi clausula (A. 1265) die bezügliche Klage zum arbitrium gestaltet;[1277a] sodann Klagen aus Quasicontracten, nämlich theils a. litis aestimandae des in der leg. a. sacram. wegen einer res non fungibilis verurtheilten Beklagten (A. 1153. 1173), theils a. membri aestimandi bei a. membri rupti,[1278] theils a. confessoria aus der confessio in iure oder dem pro confesso esse, dafern solches bei leg. a. sacr. oder cond. trit. wegen anderer Leistung als baar Geld eintrat,[1279] theils wiederum die a. tutelae und familiae herc isc. der XII Tafeln und die a. rei uxoriae und communi divid. der Interpretatio; ferner Klagen aus Quasidelicten: a. fid. regund.,[1280] aquae pluviae arc.,[1281] sowie wegen damnum in-

1277 a) Beil. XX § III. In Bezug auf die von mir dort der demonstratio jener Klage inserirte Clausel: dolo malo fecisti dolove malo tuo factum est, ut is homo mihi non restituatur bemerkt Rudorff in Zeitschr. f. R. G. XI, 86. A. 53, aus seinem Edict § 222, 9. 224. 228 hätte ich ersehen können, daß diese Noten zu den Interdicten gehören. Allein ich bedaure, erklären zu müssen, daß ich solches auch jetzt noch nicht ersehen kann.

1278) Sext. Caec. bei Gell. XX, 1, 37 fg.

1279) Sicher ist bei leg. a. sacr. diesfalls ebenso die leg. a. per man. ini., wie die Bestellung des sacram unmöglich, so daß zur Vermittelung der ersteren die dritte leg. a. eintreten mußte. Alles Weitere muß für andere Gelegenheit vorbehalten bleiben. Im Uebrigen vgl. Keller, Civ. Pr. A. 727.

1280) Die a. fin. reg. der XII Taf. ist eine Klage rein prohibitorischer Tendenz, berufen zur Geltendmachung gewisser Eigenthumsbeschränkungen hinsichtlich der Benutzung von ager und confinium, welche dem Feldbesitzer

fectum [1282]) der XII Tafeln; und endlich singulärer Weise die a. doli mali legis Plaetoriae als Klage aus Delict. [1283])

Und wie bereits diese verschiedene juristische Wesenheit der arbitria eine verschiedene Stellung der aequitas denselben gegenüber bedingt, so wird dieser letztere Moment auch noch gesteigert durch die verschiedene practische Tendenz jener Klagen. Denn so beschränken einerseits die XII Tafeln bei dem arbitrium litis aestimandae das Officium des arbiter strict auf die Aufgabe, nach boni viri arbitrium die Würderung einer litigiösen res sammt fructus abzugeben, so daß hier der Richter lediglich officieller Taxator ist, ohne daß demselben irgend welches

---

zu Gunsten seines Feldnachbars auferlegt waren und welche in Einhaltung eines gewissen Abstandes mit Pflanz-, Bau- und Erdanlagen von der Feldgränze bestanden: Voigt in Ber. d. sächs. Gesch. d. Wiss. phil. hist. Cl. 1873. 66 fg. Demnach ist der Grund solcher Klage nicht ein Quasicontract, als vielmehr ein Quasidelict.

1281) Cic. Top. 9, 39. 10, 43. Boëth. in Top. p. 341. Alfen. 4 Dig. (D. XXXIX, 3, 24. pr. — § 2); vgl. Paul. 16 ad Sab. (D. XXXIX, 3, 23. § 2).

1282) Gai. IV, 31. Diese Klage und die a. aquae pluv. arc. sind zwei Species Eines Genus von Quasidelict. Daß diese Klage nicht, wie mehrfach vermuthet, in Form der pignoris capio gekleidet gewesen, ergiebt sich mit Sicherheit unter Anderem theils aus Gai. Inst, wonach die solenne pign. capio bereits aufgehoben ist (IV, 26: per pignoris capionem lege agebatur), die leg. a. wegen damnum infectum aber noch in Bestand ist (IV, 31: permissum est lege agere damni infecti), theils auch aus Sen. de Ben. VI, 9, 2; quosdam, ne ad ruinam domus suae occurrerent, inimicus vadimonio tenuit: denn bei der pign. capio giebt es kein vadimonium; vgl. auch Burckhard in Glück, Pand. Buch 39 Tit. 2. S. 77 fg. Daß aber jene Klage weder in Form der leg. a. sacr., noch per condict. gekleidet war, ergiebt Gai. l. c., der von der ersteren sie ausschließt, während die letztere längst vor Gai. aufgehoben war (§ 106).

1283) Vgl. A. 1409. 1441. Daß diese Klage anomaler Weise den arbitria überwiesen war, bezeugt Cic. de Off. III, 15, 61. Wenn daneben Cic. N. D. III, 30, 74 sagt: iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria, so ist daraus weder zu folgern, daß solche Klage in Form der accusatio publica gekleidet war, wie Schilling, Inst. § 129 will, geschweige denn, daß es eine eigene Art von iudicia publica rei privatae gegeben habe, wie Dirksen, Beitr. 195 A. 13 a will, da dem Allem Cic. de Off. cit., wie lex Jul. mun. c. 8 widersprechen; vielmehr ist das „publicum" Cicero's dahin zu erklären, daß, gleichwie bei a. sepulcri violati, hinter der a. privata subsidiär eine a. popularis stand.

juristisch-meritorische Urtheil bezüglich einer streitigen Rechtsfrage obläge. Daher entfallen bei diesem arbitrium alle Fragen über Zufall oder Verschuldung bezüglich der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, wie über dolus malus (Arglist) oder vis, während wiederum, was jene fructus oder den Nutzungsgewinn von der res debita betrifft, der Richter strict angewiesen ist, ohne alle Ausnahme, wie aber auch einzig und allein die von der praedum datio ab erwachsenen fructus zu taxiren, demnach also für die aequitas auch nicht einmal die Frage wegen der impensae necessariae einen Spielraum ergiebt.[1284])

Andererseits wiederum die a. fiduciae, indem sie sich richtet theils auf Remancipation der res fiduciae data, theils auf Restitution der omnis causa, somit auf Rechnungsablegung wegen der von jener res percipirten Früchte sammt sonstigen Nutzungen, eröffnet damit der aequitas und dem arbitrium iudicis den freiesten Spielraum bezüglich der sämmtlichen, im Obigen festgestellten Momente: bezüglich des Zufalles oder der Verschuldung bei Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, wie bezüglich Arglist oder vis, und bezüglich des von dem Debitor aus der res fiduciae accepta gezogenen Nutzens, wie bezüglich der von demselben auf solche res verwendeten impensae necessariae.

Indem so daher a priori die ausgedehnteste Freiheit dem richterlichen arbitrium zusteht: ebenso an und für sich, wie namentlich in Folge der eigenartigen Beschaffenheit des Gesetzes der aequitas (§ 100); so führte nun solche weit gehende Unbeschränktheit des richterlichen Officium zu dem eigenthümlichen Auswege, demselben eine innere Schranke zu setzen durch Beifügung eines Formeltheiles, den wir in Beil. XX § III als quasi taxatio bezeichneten, und dessen eigentlichste Bestimmung es ist, dem Richter bei Handhabung der Postulate der aequitas eine

---

1284) Vgl. § 96. Daraus folgt fernerweit, daß hier der Richter keine condemnatio, sondern nur eine pronuntiatio: quanti ea res sit aussprach; daß sodann hier die intentio der Klage ausnahmeweise formuliren konnte auf tibi a me dari; sowie daß endlich hier der als quasi taxatio sich characterisirende Formeltheil, weil überflüssig, wohl hinwegfiel.

bestimmte Directive zu geben und ein deutlichst markirtes Ziel zu zeigen, nach welchem sein Entscheid sich zu bestimmen hatte. Denn so begegnen wir solcher quasi taxatio bei der a. tutelae in der Clausel: utine propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim, bei der a. fiduciae in der Clausel: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, während wiederum zweifelsohne zur a. leg. Plaetoriae gehört die Clausel: utine dolo malo tuo captus fraudatusque sim.[1285]) Und solche quasi taxatio haben wir denn auch für alle arbitria zu statuiren, mit Ausnahme derer, wo sie, wegen der äußeren Beschränkung des richterlichen arbitrium, an und für sich schon völlig entbehrlich war, nämlich bei den arbitria aestimandi und zwar membri, wie litis, und so wohl auch bei a. confessoria, sodann aber auch mit Ausnahme der a. rei uxoriae, wo sie, an sich zwar gerechtfertigt, doch von

---

1285) Das capi schließt aus die captio d. h. die Ausbeutung der verbi ratio zu Ungunsten des Betreffenden: A. 392; das fraudari oder die fraudatio aber schließt aus die Benachtheiligung des Betreffenden: Voigt, Bedeutungswechsel 110 fg. Solche fraudatio wird bei a. fiduciae bezüglich beider Parteien, bei a. tutelae und leg. Plaetoriae bezüglich des Beklagten allein verpönt. Jene Clausel des arbitr. legis Plaetoriae ward später in die bon. fid. a. de peculio und a. de in rem verso aufgenommen und vermittelte hier eine besondere Verwendung solcher Klage: A. 1410. Auf solche Provenienz aber weist hin Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIV, 5, 1): omnia proconsul agit, ut, qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, — in quantum ex bono et aequo res patitur, suum consequatur: sive enim iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, — sive — in rem eius versum fuerit — sive de peculio etc. und dann auch wieder Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 7. § 1): proinde si (sc. minor XXV annis) emit aliquid, si vendidit — — et captus est, ei succurretur. — An die den Klaganspruch substantiirende Formel schließt sich dann, parallel der provocatio sacramento und sponsione, die provocatio ad iudicem an, welche verschieden förmelte, so: tantum familiae herciscundae cieo: Prob. Lit. sing. p. 276 no. 61. Not. Einsiedl. p. 319. no. 8. Cic. de Orat. I, 56, 237. Paul. Diac. p. 82 u. a. m.; oder: tantum finibus regundis clarigo: Prob. cit. no. 62. Not. Einsiedl. p. 319 no. 21, sowie bezüglich clarigo Quint. J. O. VII, 3, 13, wo clarigatio in Vertretung des fehlenden ciitio verwendet wird, und sodann dessen Anwendung im Fetialrechte; oder tantum communi dividundo provoco: Marcell. bei Ulp. 38 ad Ed. (D. XIII, 1, 12. § 1). Die iudicis postulatio trat natürlich erst nach der infitiatio des Beklagten ein. Auf diesen Gang des Processes spielt auch an Ter. Ad. V, 4, 24 fg.: quando hoc. provocat, ego quoque — — postulo.

der Rechtsbildung weggelassen wurde nach dem Präjudize der bereits construirten intentio auf quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aulo Ag. dare facere oportere ex fide bona (§ 107).

§ 103.

Fortsetzung.

2. Die iurgia und die condictio triticaria gegenüber dem Principe der arbiträren richterlichen Cognition.

Während auf der Unterordnung des Rechtsverhältnisses unter die aequitas im ältesten Sinne, als dem Träger des Princips einer Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung, die Wesenseigenthümlichkeit und rechtliche Eigenartigkeit des arbitrium und dessen Gegensatz zu den lites, iudicia und condictiones beruht, so unterfallen wiederum dem Principe der arbiträren richterlichen Cognition theils die iurgia, somit die arbitria, wie iudicia der leg. a. per iud. post., theils die condictio triticaria.

Und zwar zunächst bei den arbitria liegt solches ohne Weiteres in der durch die intentio der Klage dem Richter gestellten Aufgabe, über den öconomischen Gehalt von Befugniß und Verbindlichkeit der Parteien nach Maaßgabe der aequitas zu entscheiden, und so nun ein meritorisches Urtheil über ein richterlicher Seits erst zu fixirendes Quale und Quantum abzugeben (§ 102).

Dagegen bei den iudicia der leg. a. per iud. post., denen die Delicte und Quasidelicte gemeinhin unterfallen,[1286]) ist solche Subsumtion unter das Princip der arbiträren richterlichen Cognition bedingt durch die Modalität der legislativen Bestimmung der als Strafe angedrohten Prästation. Denn wenn allerdings auch mehrfach als solche Strafe eine absolut fixirte Geldsumme gegeben war, wie bei a. de arboribus succisis und den Klagen

---

1286) Ausnahmen bilden nach den XII Taf. die a. aquae pluv. arc., die Klage wegen damnum infectum und die a. fin. reg. (A. 1280 fg.), weil hierbei allenthalben eine Fachkenntniß des Richters erfordert ist, sowie die a. furti manifesti und lance licioque concepti; später dann die a. leg. Plaetoriae, leg. Aquiliae, wie verschiedene Klagen der leg. a. per man. ini.

wegen os fractum, wie iniuria,[1287]) so ist doch bei der Mehrzahl solcher Klagen die Strafe in anderer Weise bestimmt. Und zwar ist meistentheils eine nach einem relativen Maaßstabe fixirte Geldleistung als Strafe gesetzt, sei es nun, daß dieselbe nach einem bestimmten Procentsatze des pretium rei fixirt ist, wie bei der Mehrzahl der Diebstahls- und bei der Wucherklage (A. 880), sei es daß dieselbe als pretium rei schlechthin oder quanti ea res est ausgeworfen ist, wie solches z. B. bei der a. de pauperie mit ihrem noxiam sarcire der Fall ist; und sodann ist auch wiederum eine Prästation ganz anderer Beschaffenheit als Strafe auferlegt, wie z. B. bei der a. de pauperie mit ihrem noxae dedere oder bei der a. membri rupti mit ihrer Talion.[1288]) Indem daher in allen diesen Beziehungen die richterliche Entscheidung über das nackte Schuldig oder Unschuldig, somit das Urtheil: utrius res, causa iusta, utrius iniusta sit völlig unzureichend und materiell lückenhaft gewesen wäre, so waren vielmehr die iudicia durchaus auf eine meritorische Entscheidung des Richters über Quale und Quantum der in concreto zuzuerkennenden Straf-Leistung angelegt. Und auf solchen Tenor des Judicates spitzt denn nun auch die intentio der iudicia zu, so z. B. der a. ope, consilio furti facti auf:

Ope, consilio tuo furtum aio[1289]) mihi factum esse paterae aureae (oder dergl.: demonstr.), quam ob rem te mihi pro fure damnum decidere oportere (intentio);[1290])

1287) A. 813. — Gell. XX, 1, 12. Gai. III, 223. Paul. de Ini. (Coll. II, 5, 5).

1288) Gell. XX, 1, 14. Gai. III, 223.

1289) Characteristisch ist, daß bei leg. a. sacr. in rem, wie in personam die intentio, bei iudicium der leg. a. per iud. post. aber die demonstratio auf aio gestellt und letzterenfalls die intentio gleich als Folgerung an die demonstratio durch „quam ob rem" angeknüpft ist.

1290) S. A. 769. Voigt, Bedeutungswechsel 149. Etwas anders, weil den Quellen nicht genau angepaßt, Keller, Civ. Pr. A. 220. Derselbe überweist diese intentio der leg. a. sacramento in personam, allein ohne Begründung; es ergiebt jedoch, von anderen Gegengründen hier ganz abgesehen, die Uebereinstimmung vom Bau der obigen Formel mit dem der a. de pauperie deren Nichtzugehörigkeit zu jener leg. a.; denn daß diese letztere Klage schlechterdings nicht dieser leg. a. angehören kann, ergiebt deren alternatives Petitum. — An die intentio schließt sich hier ebenfalls die provocatio ad iudicem an: A. 1285.

oder der a. de pauperie auf:

Ab ariete tuo arietem meum aio occisum esse (oder dergl.: demonstr.), quam ob rem te mihi aut noxiam sarcire aut arietem, quo de agitur, noxae dedere oportere (intentio).[1291]

Nicht minder unterfallen endlich auch die condictio triticaria der lex Calpurnia und die entsprechende a. leg. Aquiliae dem Principe der arbiträren richterlichen Cognition, obwohl hier dieses Verhältniß in ganz eigenthümlicher Weise seine processualische Ausprägung erfährt. Und zwar was zunächst diesen letzteren Moment anbetrifft, so steht derselbe in unmittelbarer Abhängigkeit von der Form der leg. a. selbst der lex Calpurnia, hinsichtlich deren nun Keller, Civ. Pr. § 18 zunächst die Zulässigkeit der Annahme einer sponsio poenalis verwirft, und gewiß mit Recht, da bei anderem Objecte, als baar Geld, eine sponsio tertiae partis Seitens der Parteien an sich gar nicht anwendbar ist.[1292] Wenn dagegen derselbe auch die Annahme einer sponsio mere praeiudicialis verwirft aus dem Grunde, „weil sonst dieselbe nicht so gänzlich aus der Uebung, wie selbst aus dem Andenken entschwunden sein würde," so steht dem entgegen, daß

a. die sponsio mere praeiudicialis vielmehr noch lange Zeit hindurch in Uebung geblieben ist, indem dieselbe in der That für den Formularproceß von der lex Aebutia beibehalten worden ist;

b. daß aber innerhalb des Formularprocesses auch wiederum ein der römischen Rechtsentwickelung ganz allgemeines Gesetz sich manifestirt, daß nämlich die von Alters überlieferte solenne Form der Rechtsacte allmählich außer Anwendung gesetzt (§ 55), somit

---

1291) Qu. Muc. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 1, 1. § 11): cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, — — competeret actio: „Quam ob rem eum sibi aut noxiam (Hal.; Flor.: noxam) sarcire aut noxa[e] (Hal.: noxam; Flor.: in noxam) dedere oportere". Wegen noxiam sarcire (Schaden ersetzen) s. Voigt, a. O. 132.

1292) Denn die sponsio tertiae partis war in der leg. a. ebenso, wie im Formularprocesse Sache der Parteien selbst, nicht aber wie im Interdictenprocesse (A. 858) auf eine Aestimation des ius dicens gestellt.

aber, in Bezug auf jene Sponsion, deren Anwendung mehr und mehr verringert wird;[1298]) sodann

c. daß wiederum in dem Formularprocesse keineswegs ein frühzeitiges Verschwinden, als vielmehr ein verhältnißmäßig langer historischer Bestand der sponsio praeiud. sich bekundet und uns befremden könnte, da ja dieselbe in Wahrheit eine leere Form ist ohne irgend welchen realen Gehalt oder selbsteigenen rechtlichen Effect, und da andrerseits bereits sehr frühzeitig in dem Formularprocesse: im Processe nämlich des ius gentium die unmittelbare d. h. nicht durch Sponsion vermittelte formula aufkam, so daß in der That doch die Veranlassung sehr nahe lag, weit früher, als beschehen, jene ganz bedeutungslose Form auch für die bezüglichen Processe des ius civile außer Anwendung zu setzen;

d. daß dagegen die Affirmative in der eigenen Annahme Kellers, es sei die sponsio praeiud. eine Besonderheit und ein Product des Formularprozesses, das unlösbare Räthsel aufgiebt, welch seltsamer Einfall denn wohl die Römer jener Zeiten bestimmt haben sollte, eine so leere und nichtsbedeutende Form zu schaffen, da doch dieselben, wie bemerkt, in dem Prozesse des ius gentium bereits die unmittelbare formula als zulässig anerkannt und adoptirt hatten (§ 106), während wiederum für die älteren Zeiten jene Sponsion ebenso ihre Parallele findet in der venditio nummo uno u. dergl. (§ 8), wie aber auch mit deren leitenden Anschauungen und Ordnungen im Allgemeinen auf das Vollkommenste harmonirt (§ 31. 32); und endlich

e. wenn der Prozeß der lex Silia und Calpurnia als zwei Unterarten gemeinsam der leg. a. per condictionem als der Gattung sich subsumirten, ja sogar von Gai. IV, 18—20 diese leg. a. als eine einige Individualität behandelt und als eine einige actio, legis actio bezeichnet wird (A. 1294), so muß doch

---

1298) Vgl. Keller, Civ. Pr. § 29. Denn so wird das per sponsionem agere durch die formula petitoria verdrängt; so wird bei Cic. p. Quinct. die a. praeiudicialis in eine sponsio praeiud. gekleidet, wofür später eine unmittelbare formula ertheilt wird (Keller, a. O. A. 434), und so verliert auch die certi condictio de eo quod certo loco die sponsio poenalis: § 119. — Die große Verbreitung der sposiones in früherer Zeit vertritt auch Kuntze, Inst. I § 201 fg. II, 202, obwohl in ganz anderer Richtung.

in der That eine Verwandtschaft in der die leg. a. bildenden Solennität bestanden haben. Und wenn daher beim Prozesse der lex Silia als Legisactions-Solennität die sponsio poenalis gegeben war (A. 1205), so bleibt doch in Wahrheit gar keine andere Möglichkeit, als daß die entsprechende und verwandte Solennität des Prozesses der lex Calpurnia in der sponsio mere praeiudicialis bestanden habe.

Sind wir daher nach Alle dem in der That berechtigt, der leg. a. legis Calpurniae als Legisactionssolennität die sponsio mere praeiudicialis beizumessen,[1294]) so ergiebt sich nun hieraus bezüglich des Richterurtheiles die weitere Consequenz, daß, gleichwie bei der certi condictio die Condemnation auf die Strafsumme der tertia pars allein sich richtete (A. 1206), so nun bei der cond. triticaria das Richterurtheil auf den nummus unus allein lautete (A. 1312), obwohl, beim Wegfall der restipulatio, lediglich in der Form der Condemnation oder der Absolution des Beklagten. Dem meritorischen Elemente des Rechtsstreites aber ward wiederum Rechnung getragen dadurch, daß dann, wenn der Beklagte durch solches präjudiziale Urtheil condemnirt war, auf Antrag Klägers ein iudicium secutorium[1295]) ertheilt ward, durch wel-

---

1294) Krüger, proc. Cons. 12 fg. statuirt ein Verfahren, bei welchem eine Solennität der Partei-Action ganz fehlt, somit eine Legisaction ohne jedwedes lege agere; dagegen nach Karlowa, Civ. Pr. 233 soll die Legisactionssolennität in der condictio bestanden haben, welche gelautet hätte: si negas, in diem trigesimum ut ad iudicem capiendum adsis tibi condico. Dies aber ist quellenwidrig: denn Gai. hat, wie er IV, 18—20 ausdrücklich besagt („haec quidem actio; haec autem legis actio; haec actio") die legis actio in der Lücke vor § 18 beschrieben; folglich kann in der condictio, welche er in § 18 beschreibt, die Legisactionssolennität nicht belegen gewesen sein. Im Uebrigen kann die leg. a. nicht einseitig sein, sondern sie ist dreiseitig: es agiren Kläger, Beklagter und ius dicens, apud quem legis actio est; und endlich ist jene Formel ein Phantasiegebild und zugleich quellenwidrig, da Theoph. Par. IV, 6, 15 aus Gai. dieselbe mittheilt und auf die Conception hinweist: Venito *illa die*, ut ad iudicem capiendum adsis: Thl. II A. 178.

1295) Judicium secutorium, nicht aber arbitrium litis aestimandae: somit lediglich ein zweites Urtheil in einem späteren Termine, nicht aber ein zweiter und neuer Prozeß; somit ferner dem iudex von ius dicens aufgegeben in dem nämlichen Termin, in welchem derselben für das erste und

ches nun in zweiter Folge die durch die erste Condemnation festgestellte Verbindlichkeit des Beklagten auch noch in ihrem öconomischen Gehalte ästimirt: nach Quale und Quantum richterlicher Seits festgestellt wurde. Denn diesem secutorium iudicium begegnen wir in der That in dem lat. Sponsionsprozesse über incerta stipulatio,[1296]) somit in dem Vorbilde der leg. a. legis Calpurniae (§ 98), wie nicht minder in dem Interdictenprozesse,[1297]) der selbst aus Elementen der leg. a. legis Siliae und Calpurniae, wie der leg. a. sacram und per iud. post. mosaikartig combinirt ist; ja begegnen wir auch noch in der iudicatio der a. arbitraria, welche als solches iudicium secutorium zur pronuntiatio de restituendo sich verhält (§ 130), wie wir denn endlich ein solches auch bei der sponsio praeiudicialis des Formularprozesses über andere als Präjudizialfragen anzunehmen genöthigt sind.[1298])

In solcher Ordnung der richterlichen Entscheidung aber sind auf das Sinnreichste Methode des rigor und der aequitas mit einander combinirt: die Methode des rigor, dem die cond. triticaria in civilrechtlicher Beziehung unterfällt (§ 98), ist gewahrt darin, daß dem Richter in dem gleichen Maaße, wie bei den lites und der certi condictio, eine rein präjudiziale Entscheidung über das Recht- oder Unrechthaben aufgegeben ist; die Unterordnung jener Klage unter das Princip der arbiträren richterlichen Cognition der aequitas aber ist vermittelt dadurch, daß auf jenes

---

präjudiziale Urtheil bestellt ward, nicht aber vermittelt durch anderweite processualische Weitläufigkeiten; somit endlich, gleich dem iudicium recuperatorium bei vadimonium recuperatoribus suppositis factum (Gai. IV, 185) abhängig nur von dem Antrage des Klägers, nicht aber von der Action des Beklagten.

1296) Serv. Sulp. de Dot. bei Gell. IV, 4, 2: si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat (sc. iudex) quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari eum qui spoponderat qui[ve] stipulatus erat, condempnabat.

1297) Gai. IV, 165. 166[a]. 167. 169.

1298) Nicht, wie Keller, Civ. Pr. § 27 meint, ein arbitrium litis aestim.: vgl. dagegen Dens. a. O. bei A. 335. Eine Ausnahme ergab indeß das in rem agere per sponsionem, wo an Stelle des iudicium secutorium die a. ex stipulatu pro praede lit. vindic. oder die leg. a. per. man. ini. tritt, letzteren Falles aber wiederum der Beklagte ein arbitr. lit. aestim. hat, bestimmt hierin durch das Vorbild der leg. a. sacram: § 106.

prozessualisch principale Urtheil noch ein zweites Urtheil nachfolgt, in welchem, ähnlich wie bei dem arbitrium, dem Richter eine arbiträre Cognition über das Quale und Quantum der Schuldverbindlichkeit eingeräumt ist, die nun zugleich auch die Unterlage ergab für die etwa Platz greifende poena dupli der a. leg. Aquiliae.

Immerhin aber hat, wie in § 100 dargelegt, der gegenwärtige Zeitraum auf jene Empfänglichkeit einer actio für arbiträre richterliche Cognition noch nicht die Qualification einer Klage als Organ der aequitas gestützt; vielmehr ergiebt jene Empfänglichkeit lediglich theils ein characteristisches Unterscheidungsmerkmal der triticaria von der certi condictio, theils das wesentliche Gattungsmerkmal der iurgia: denn iurgium ist diejenige Klage des ältesten Rechtes, welche empfänglich ist für eine arbiträre richterliche Cognition und die nun zur organischen Vermittelung von solcher in die Form der leg. a. per iud. post. gekleidet ist.[1299])

1299) Karlowa, a. O. 1—5 entwickelt eine ganz neue Theorie des Gegensatzes von lis und iurgium, deren Ausführung die Aufgabe jenes seines Werkes ist und welche selbst auf drei Fundamentalsätzen beruht: 1. die auf die Erscheinungsformen des Rechtes gestützte Classification desselben in Gesetzes-, Gewohnheitsrecht und Recht der Wissenschaft ist nicht erschöpfend: es giebt daneben noch eine vierte Unterart: „ein Recht, welches nicht in fester, gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Satzung ausgeprägt ist, doch aber sich im Volke erzeugt und lebt" (S. 4). Indem daher mit dieser These der Verfasser ebenso unserer, wie der classischen Wissenschaft entgegentritt, welche beide von jener vierten Rechtsart absolut Nichts wissen, so ist die zwiefache Anforderung gewiß nicht unberechtigt, daß ebenso jene vierte Rechtsart ihrer Weseneigenthümlichkeit nach klar und deutlich bestimmt, als auch deren Existenz wissenschaftlich begründet und nachgewiesen werde. Allein der Verfasser sieht von Beiden ab; denn wenn in ersterer Beziehung die Bestimmung gegeben wird, daß „solches Recht im Volke sich erzeugt und lebt", so ist dies, nach Savigny's Auffassung, ein dem Recht im Allgemeinen, mindestens aber dem Gewohnheitsrechte in prärogativer Maaße zukommendes logisches Merkmal; und wenn der Verfasser dann das weitere Merkmal beifügt: „Recht, welches nicht in fester, gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Satzung ausgeprägt ist", so ist diese weitere Bestimmung ebenso logisch ungenügend: weil sie rein negativ ist, noch sachlich befriedigend: weil auch das Gewohnheitsrecht, wie Recht der Wissenschaft Normen umfaßt, welche jeweilig nicht in fester Satzung ausgeprägt, sondern noch im Flusse oder in Controverse begriffen sind. Wenn so daher die logische Artbestim-

§ 104.

Die historischen Grundlagen der Stellung von rigor und aequitas gegenüber dem Lebensverkehre.

Die Stellung des rigor einerseits, als des Normatives der Rechtsverhältnisse, und andererseits der aequitas, als des

---

nung der neuen Rechtsart von dem Verfasser gar nicht gegeben ist, so fehlt nun auch deren Begründung und Nachweis völlig; der Verfasser begnügt sich, S. 4 in ganzen 3 Zeilen dem Leser Kenntniß zu geben von seiner neuen Entdeckung, die, wenn wahr, doch namentlich in dogmatischer Beziehung von allergrößter Tragweite sein würde. 2. Das Gesetzesrecht unterfällt den Begriffen lex und ius, wie lis, die neue Rechtsart unterfällt den Begriffen ius und iurgium, während bezüglich des Gewohnheitsrechtes die entsprechende Terminologie nicht angegeben wird. Allein solcher Gegensatz von lis und iurgium wird nicht nur nicht bewiesen, sondern geradezu von den Quellen widerlegt: denn allenthalben, wo iurgium, iurgare von juristischen Streitverhältnissen gebraucht wird, ist die Unterlage derselben durchaus nicht ein „Recht, welches nicht in fester, gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Satzung ausgeprägt ist, doch aber sich im Volke erzeugt und lebt", als vielmehr im Gegentheil das Gesetzesrecht der XII Taf., so namentlich bezüglich der a. fin. regund.: Beil. XX § I und dazu noch Hor. Ep. II, 1, 38. Und dann wieder wenn ius ebenso das Gesetzesrecht, wie die neue entdeckte Rechtsart bezeichnet, so kann doch ius nicht den Gegensatz beider bezeichnen, während wiederum aus der Thatsache allein, daß lex das Gesetzesrecht im Besonderen bezeichnet, für des Verfassers These nichts sich ergiebt. Daß endlich da, wo lex und ius neben einander stehen, lex das Gesetzesrecht, ius die neue Rechtsart bezeichne, ist ein Irrthum, den die Quellen genugsam widerlegen: dieselben bekunden „ius, lex" als einen unserem „Recht und Gesetz" entsprechenden Pleonasmus, so z. B. lex col. Juliae Genet. c. 124: itque eum — iure, lege rectoque facere liceto; Cat. bei Fest. v. struere p. 313: iure, lege — communiter uti oportet; Fest. v. viae p. 78. 85 Momms.: privatae (sc. viae) VIII pedes in latitudine iure et lege [habent]; Cic. p. Rosc. Am. 49, 143: more, lege, iure gentium; in Verr. II, I, 42, 107: iure, legibus testamentum fecerat; 44, 113: bona patria iure, legibus tradita; Arc. et. Hon. im C. Th. III, 12, 3: iuris ac legum arbitrium; Valent et Mart. in Nov. Mart. I, 1, 5: iuris et legum contemptus; Cons. Vet. JCti 6: iuris legumque auctoritas; de iure et legibus suffragari u. a. m. 3. Das Gesetzesrecht unterfällt der legisactio, die neu entdeckte Unterart unterfällt der iurisdictio, wohin das Gewohnheitsrecht falle, wird nicht gesagt. Allein nach der älteren staatsrechtlichen Terminologie umfaßt vielmehr die iuris dictio die legis actio: das „agere cum privato" als ihren integrirenden Bestandtheil, so daß beide Begriffe durchaus nicht coordinirt, als vielmehr

Regulators des dem Gebiete der mores allein anheimfallenden Lebensverkehres, ist innerhalb der Sphäre der hier maaßgebenden Principien nicht allein parallel, sondern conform, ja connex jener Stellung, welche innerhalb der Principien des ersten Buches rigor und aequitas dem Lebensverkehre gegenüber einnehmen. Und wie dort einerseits das ius und andererseits diejenige specielle Beziehung der boni mores, welche als das Gesetz der fides abgegränzt wird, innerhalb jener verschiedenen Lebens- und Verkehrsgebiete die bezüglichen Verhältnisse nach ihrer Existenz: in dem Momente ihrer Begründung, wie Aufhebung regeln, so normiren hinsichtlich des Principes einer Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung einerseits das ius und andererseits diejenige specielle Beziehung der boni mores, welche als das Gesetz der aequitas im Sinne des gegenwärtigen Zeitraumes sich abgränzt, die jenen verschiedenen Verkehrsgebieten anheimfallenden Verhältnisse nach ihrem öconomischen Gehalte: nach dem Quale und Quantum der in ihnen enthaltenen Befugnisse und Verbindlichkeiten, woneben zugleich mit dem ius die gebundene richterliche Cognition, mit der aequitas aber die arbiträre Beurtheilung der Verhältnisse Hand in Hand geht. Die historischen Grundlagen daher, welche in § 43 für die Stellung des ius als des Gesetzes für die Rechtsverhältnisse und der fides als des Gesetzes für die einfachen Lebensverhältnisse dargelegt worden sind, ergeben zugleich die historische Erklärung, wie Begründung der entsprechenden Stellung von ius und aequitas innerhalb der Sphäre der hier maaßgebenden beiden Principien.

Und anderentheils wiederum, wenn das ius innerhalb gewisser Gränzen der aequitas sich erschließt, so sind es Utilitätsrücksichten dringendster Natur, welche solche Abweichung von der regulären Ordnung der Dinge erheischten. Denn, was die arbiträre richter-

subordinirt sind. — Im Uebrigen unterläßt es der Verfasser, die Consequenzen seiner Theorie, woraus deren Unhaltbarkeit evident wird, selbst zu entwickeln: denn da z. B. nach S. 1 A. 1 bei der Arrogation die patria potestas ebenso nach Gesetzesrecht, wie nach der neu entdeckten Rechtsart begründet wird, so ist nun der Rechtsstreit über die letztere ebenso lis: filii familias vindicatio, als auch iurgium, somit eine zweite Klage, über welche der Verfasser irgend welchen Aufschluß nicht giebt. — Nichts hierher Gehöriges bietet Baron in Festschr. für A. W. Heffter 29 fg.

liche Cognition betrifft, so schließt bei den den iurgia, wie der cond. triticaria unterfallenden Rechtsverhältnissen der dabei obwaltende Sachverhalt und das maaßgebende Bedürfniß der Parteien die Anwendung der Maxime des rigor aus, den Richter bei seinem Urtheile auf einen Wahrspruch rein präjudizialen Characters über das nackte Schuldig oder Nichtschuldig zu beschränken, indem vielmehr das Interesse der Parteien selbst eine meritorische Entscheidung über das Quale und Quantum der Schuldverbindlichkeit unabweisbar erheischt. Was dagegen das Princip der Repression einer ungerechtfertigten Vermögensschädigung, somit die aequitas im Sinne dieser Zeit betrifft, so liegt wiederum die Veranlassung, dieser die Normirung des öconomischen Gehaltes der Rechtsverhältnisse bei den arbitria zu gestatten, in mannichfachen practischen Rücksichten, vornämlich aber in der realen Zweiseitigkeit der bei den letzteren engagirten Interessen (bei A. 1269), wodurch bedingt wird, daß bei Beurtheilung jener Rechtsverhältnisse nicht einseitig das Interesse des Klägers, sondern auch das des Beklagten in Betracht gezogen, beide gegen einander abgewogen und so einem jeden von beiden ein bestimmender Einfluß auf die von dem Richter zu gebende Feststellung des Schuldbetrages eingeräumt wurde.

An und für sich aber ist es ein scharf contrastirender Gegensatz, der zwischen dem ius und den boni mores oder der aequitas ebenso in deren Satzungen, wie aber auch in den leitenden Gesichtspunkten obwaltet und sich ausprägt, und der, wenn auch in Verbindung stehend mit der contrastirenden Stellung, welche von Alters her ius und boni mores zu einander einnehmen (§ 43), wie anderntheils sein Seitenstück findend in dem in § 44 dargelegten ganz gleichartigen Contraste, doch die Frage anregt, wie es kam, daß das ius, als das Product des Volksgeistes, doch so ganz abweichende und eigenartige Gesichtspunkte und Ordnungen adoptirte, als solche von der Volksanschauung selbst ganz unmittelbar getragen und als Gesetz der boni mores und aequitas aufrecht erhalten wurden. Dieser Gegensatz findet jedoch theils in § 105, theils in folgenden Momenten seine historische Erklärung:

Zunächst weist, wie in § 43 dargelegt, die älteste römische Volksanschauung dem Rechte im Allgemeinen eine nur subsidiäre Stellung und Function dem Lebensverkehr gegenüber an. Und

wie dort solcher Gesichtspunkt in der Auffassung sich geltend machte, daß in erster Linie das Gesetz der boni mores den Lebensverkehr zu regeln berufen sei, das Recht aber in solche Verhältnisse nur dann und insoweit einzugreifen habe, als die Interessenten selbst, der Macht jenes ersteren Gesetzes mißtrauend, das ius zu ihrem Schutze herbeizogen, so nun führt nach der hier maaßgebenden Richtung hin jener leitende Grundgedanke zu der Anschauung, daß das ius lediglich den Beruf habe, da allein und nur insoweit in den Lebensverkehr einzugreifen, als dieser einer Rechtsordnung unabweisbar zum Schutze seiner Interessen bedürfe. Und solches Bedürfniß nun des Lebensverkehres ward bezüglich der hier maaßgebenden vermögensschädigenden Vorkommnisse von den frühesten Zeiten um deßwillen nicht anerkannt, weil durch diligentia die Schädigung recht wohl sich abwenden ließ, diese diligentia selbst aber wieder in weitestgehender Maaße als ein Pflichtgebot für den paterfamilias angesehen und gewürdigt wurde [1300]), somit also bei pflichtgemäßem Verhalten des Betheiligten die Veranlassung für das Recht zum Eingreifen durch Aufstellung von bezüglichen Normativbestimmungen überhaupt entfiel, die pflichtwidrige Nachlässigkeit aber wiederum dem Rechte keine Veranlassung bot, Normen aufzustellen, welche, jene Pflichtwidrigkeit schützend und gewissermaaßen legalisirend, derselben unterstützend zu Hülfe kamen. Denn insbesondere ist es ein Gebot der diligentia, dem Verzuge in Erfüllung obliegender Verbindlichkeit Seitens des Verpflichteten ohne Verzug entgegenzutreten durch Anrufung der geordneten Hülfe des Staates, somit durch Anstellung der Klage. Der hiermit eröffnete Civilproceß selbst aber ist wiederum in ältester Zeit darauf angelegt, den raschesten und promptesten Gang der Rechtspflege zu sichern und in kürzester Frist den Rechtsstreit bis zur

1300) Proc. bei Paul. 40 ad Ed. (D. XXXVIII, 1, 20. § 1); Marcell. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 11. § 5); Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. pr.); Pomp. 5 ex Plaut. (D. VII, 1, 65. pr.); Ulp. 30 ad Ed. (D. XIII, 7, 22. § 1); Paul. sent. rec. I, 13 b, 9. not. ad Lab. 2 Pith. (D. XIX, 1, 54 pr.); 23. 29 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 16. XIII, 7, 14); Ven. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 2); J. Just. III, 24, 5. Col. R. R. I, 1, 3. Bei den nicht juristischen Schriftstellern überwiegt diligens homo, und so nun auch Alf. 2 Dig. (D. XVIII, 6, 11): diligentia, quam debent homines frugi et diligentes.

Execution zu führen, so daß auch hierdurch nur eine kurze Verzögerung bedingt und damit die Gefahr einer Schädigung für den Berechtigten sehr bedeutend gemindert war. Insbesondere aber bei der dinglichen Klage war die rechthabende Partei gegen Schaden geschützt theils durch den Besitz des Streitobjectes während des Processes, den ja der auf sein gutes Recht vertrauende Beklagte stets sich verschaffen konnte, theils auch durch die dupli poena, welche der Sieger empfängt, dafern der im Processe unterliegende Gegner die vindiciae muthwillig übernommen hatte.

Und nicht minder ist es ein Gebot der diligentia, für diejenigen Vorkommnisse und Verhältnisse vorzusehen, aus denen eine Vermögensschädigung des Interessenten zu befürchten stand, und so namentlich auch für die manichfachen Fälle einer Einwirkung von Zufall oder Verschuldung, des Verzuges ferner oder des Aufwandes für das Schuldobject oder des aus demselben zu ziehenden Gewinnes durch bezügliche Vertragsbestimmungen Vorsorge zu tragen.

Und ebenso ist es auch wiederum Sache des diligens paterfamilias, wie resp. des vir fortis, wider eigenen Irrthum oder wider Arglist oder wider Zwang Seitens des Mitpaciscenten sich vorzusehen oder auch einen Aufwand auf das Schuldobject zu vermeiden, welchen zu ersetzen für den Mitinteressenten eine Verpflichtung nicht vorlag (§ 97).

Und endlich wiederum, wo alle diligentia nicht ausreichte, da traf die Schädigung gleich als ein Unglücksfall, und war als solcher von demjenigen zu tragen, den er traf, ähnlich, wie in so manchen verwandten Fällen, wie z. B. da, wo durch ein formales Versehen im Processe (A. 1190 fg.) oder in Folge mangelhafter Verlautbarung des Rechtsactes (§ 2) ein Vermögensverlust innerhalb der Rechtssphäre selbst herbeigeführt ward.

Zweitens sodann ist jene negative Haltung des rigor gegenüber den Postulaten der aequitas conform mit den in § 5 entwickelten Sätzen: zunächst daß das solenne Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes ist und somit Vorkommnisse und Verhältnisse, welche den solennen Worten widerstreiten juristisch nicht in Betracht kommen, demnach aber das, was durch solchen Act übernommen ward, auf das Genaueste und so zu leisten

ist, wie es dem Wortlaute des Vertrages gemäß übernommen war; und sodann daß wiederum das solenne Wort allein das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes ist und somit Alles, was über jenes hinausliegt, juristisch gar nicht in Betracht kömmt, demnach aber das nicht zu leisten ist, was nach dem Wortlaute des Vertrages nicht übernommen war. Denn wie hier die verbi ratio allein die vertragsmäßige Verbindlichkeit nach deren Existenz: Begründung, wie Aufhebung bestimmt, so nun stellt in Bezug auf den öconomischen Gehalt: auf Quale und Quantum der Verbindlichkeit der rigor die correspondirenden Sätze auf: daß das solenne Wort es ist, welches jenen Gehalt des Rechtsgeschäftes bestimmt, unberücksichtigt, ob aus solchem Worte dem Paciscenten ein Schaden oder ein Nutzen erwächst, und daß andrerseits das solenne Wort allein solchen Gehalt des Rechtsgeschäftes bestimmt, ohne daß die lex publica in solches einzugreifen berufen wäre (§ 97). Der Rechtsact ist mit Einem Worte ein in sich selbst abgeschlossenes Ganze, bei dessen Beurtheilung daher auf die außerhalb desselben stehenden Thatmomente nicht zurückgegriffen wird, weder auf die vorgängigen Momente, wie z. B. auf vitiöse causa, noch auf die concurrirenden Momente, wie z. B. auf error, dolus malus oder vis, noch auf die nachfolgenden Momente, wie auf Mora oder Vereitelung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, auf Impensen oder Zwischengewinn.

Und endlich drittens die Behandlung des schädigenden Thatbestandes Seitens des rigor als Proceßdelict, die Methode somit, in Contracts-, Quasicontracts- und dinglichen Rechts-Verhältnissen an Stelle des Schadenersatzes einen Procentsatz vom pretium rei litigiosae als ipso iure eintretende Strafe mit Schaden vergütender Function zu setzen und mit dem objectiven Thatbestande gewisser ungerechtfertigter Anwendung von Rechtsmitteln zu verknüpfen, damit aber den Richter ebensowohl von der Cognition über den subjectiven Thatbestand einer Verschuldung des Schädigers, wie über den wirklichen Eintritt einer Schädigung, als auch von der ziffermäßigen Eruirung des erlittenen Schadens, wie der Schaden-Ersatzsumme zu entbinden (§ 77); diese Methode ist wiederum ganz unmittelbar bestimmt von der altnationalen Auffassung des officium iudicis überhaupt: denn lediglich die Cognition über die Frage des Recht- oder Unrechthabens, somit die

nackte Subsumtion des Rechtsfalles unter das Gesetz ist die Aufgabe des iudex, die somit sich richtet auf ein directum, asperum, simplex, während alles Weitere nach der Anschauung jener Zeiten über das officium iudicis hinausgreift und vielmehr dem officium arbitri unterfällt, somit aber dem officium iudicis nur ausnahmeweise: insoweit die Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses solches unabweisbar erfordert, überwiesen werden konnte.

Endlich die Thatsache, daß der gegenwärtige Zeitraum und zwar das ius, wie die aequitas als Maaßstab der Schätzung des Schadens, wie der Berechnung des Schadenersatzes lediglich das pretium rei oder das quanto minoris oder quanti res est, somit den Marktpreis des beschädigten Objectes, nicht aber die utilitas oder das quanti interest, somit das Interesse des geschädigten Subjectes anerkennen, bekundet eine bemerkenswerthe nationalöconomische Auffassung der altrömischen Volksanschauung. Denn während an und für sich jedes Vermögensstück eine zwiefältige, seine Werthverhältnisse bestimmende Stellung einnimmt: einerseits als ein isolirtes Ganze für sich, als welches es in dem Geschäftsverkehre circulirt und einen bestimmten Marktpreis, somit eine durchaus objective und generelle Werthbestimmung gewinnt, und andrerseits als Bestandtheil eines gegebenen Vermögensganzen, als Zubehör und Theil der bona seines Besitzers, als welcher sein Werth bestimmt wird durch die individuellen Bedürfnisse des Letzteren, wie durch seine mannichfachen Functionen innerhalb der allgemeinen Aufgaben, welche dem Vermögen in seiner Totalität von dem Besitzer gestellt werden, so daß insofern also solcher Werth etwas durchaus subjectives und individuelles ist (§ 71); so wird nun von der ältesten römischen Volksanschauung das Vermögensobject immer nur in jener seiner ersten Stellung: als ein für sich abgeschlossenes, selbstständiges Ganze in das Auge gefaßt und somit der Maaßstab seiner Werthbestimmung immer nur in dem pretium rei, nicht aber in der utilitas des Berechtigten gefunden; oder, mit anderen Worten, die nationalöconomische Auffassung des Vermögensstückes Seitens der alten Römer resultirt, daß man eine Schädigung nur an der verletzten Sache selbst, nicht aber an dem Vermögen im Ganzen anerkennt und würdigt, und so nun dem Schaden nirgends eine Tragweite beimißt, welche über die Individualitätssphäre des

geschädigten Objectes hinausgreift.[1301]) Und gerade diese Auffassung entspricht wiederum auf das Vollkommenste den Tendenzen des Rechtes, wie den leitenden Anschauungen jener Zeiten. Denn der damit gegebene Maaßstab der Bemessung des Vermögensschadens ist vor Allem ein höchst einfacher, wie in seiner Anwendung durchaus zuverlässiger und sicherer: theils ist seine Unterlage, gegeben in Angebot und Nachfrage, eine rein objective und somit feste, theils ist seine Anwendung eine leichte und einfache, da der Marktpreis notorisch ist, theils endlich ist seine Handhabung die kürzeste und unmittelbarste, da das quanti res est nicht einmal das Product eines Rechenexempels, vielmehr unmittelbar in der aestimatio pretii gegeben (§ 74) und lediglich beim quanto minoris res est die Differenz zwischen dem pretium rei vor und nach Eintritt des schädigenden Vorganges durch Berechnung zu eruiren ist (vgl. § 144). Und dann wiederum schützt zugleich jener Maaßstab den Debitor vor einer unverhältnißmäßig hohen und a priori unberechenbaren Ersatzsumme, die aus der Berechnung des Schadenersatzes nach dem Maaßstabe der utilitas sich ergeben kann. Und diese Momente nun überwogen zugleich den practischen Nachtheil jenes Maaßstabes, daß derselbe den Interessen des Betroffenen nicht voll Rechnung trägt, dafern der von demselben erlittene Schaden über die Individualitätssphäre des lädirten Objectes hinausgreift (§ 72), während wiederum die Unanwendbarkeit jenes Maaßstabes auf Fälle, wo entweder eine nur in höchst vereinzelten Exemplaren vorhandene res oder aber Güter in Frage stehen, die gar nicht Vermögensobjecte sind, wie Freiheit und Integrität von Geist, Körper oder gutem Namen in ersterer Beziehung von practisch untergeordneter Bedeutung ist, in letzterer Beziehung aber dadurch beseitigt war, daß entweder auch für solche Güter das primitive Volksleben einen Schätzungswerth fixirt, so in Bezug auf die Injurie, wie das membrum ruptum, oder aber daß dieselben schlechthin für inästimabel erklärt werden (A. 796 fg.).

1301) A. 779. Die andere nationalöconomische Auffassung gelangt erst zu Ausgang des nächsten Zeitraumes zur Geltung: § 124.

§ 105.

Der practische Werth je der Principien von rigor und aequitas.

Die Methode des rigor gegenüber den Principien einer Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung, wie der arbiträren richterlichen Cognition: dort die Rechtsverhältnisse nach dem Systeme der temeritas litigii zu regeln, hier den Richter auf den nackten Wahrspruch über das Schuldig oder Nichtschuldig der Parteien zu beschränken, indem dieselbe in schroffen Contraste steht ebenso zu den von der Volksanschauung getragenen Postulaten des gegenwärtigen Zeitraumes, wie aber auch zu den in der Kaiserzeit dominirenden Ordnungen, findet ihre historische Erklärung zwar bereits in den in § 104 dargelegten höheren, systematischen und theoretischen Beziehungen, andrerseits aber auch wiederum in gewissen Momenten practischer Nützlichkeit, welche jener Methode eigenthümlich sind und derselben allein im Gegensatze zur aequitas zukommen. Stellen wir daher von diesem Gesichtspunkte aus rigor und aequitas vergleichend gegenüber, so beruht vor Allem der practische Werth des rigor darauf, daß er zunächst den Rechtsverkehr darauf hinweist, selbst durch vertragsmäßige Vereinbarungen die in Frage stehenden Beziehungen und Vorkommnisse von Schädigung und Bereicherung in Contractsverhältnissen zu regeln, und damit nun den Standpunkt einnimmt und zur Geltung bringt, daß jene Verhältnisse am Geeignetsten nicht nach generellen und abstracten, als vielmehr nach dispositiven und concreten Normen zu ordnen seien. Gerade dies aber ist eine Maxime von practischem Werthe, insofern die Vielfältigkeit der in Betracht kommenden Verkehrsverhältnisse, wie die dadurch bedingte Verschiedenheit der Interessen und Bedürfnisse der Verkehrenden selbst schlechterdings nicht auf einfache und übersichtliche Weise und durch einige wenige abstracte Rechtssätze sich regeln läßt.

In Folge dessen entfällt sodann für die Legislation die Nothwendigkeit, allgemeine Normativbestimmungen über die fraglichen Thatbestände aufzustellen und die anderenfalls zu deren Ordnung erforderlichen zahlreichen und complicirten Detailbestimmungen zu geben. Und hiermit gelangt daher eine

Anforderung an die XII Tafeln in Wegfall, welche zu erfüllen dieselben schlechterdings nicht vermocht hätten, da jenem Zeitalter die Fertigkeit für Lösung derartiger legislatorischer Aufgaben völlig gebrach, andrerseits aber die XII Tafeln doch wieder die Aufgabe zu erfüllen hatten, eine umfassende Codification des gültigen und in Uebung bestehenden Privatrechtes: des ius im Gegensatze zur actio zu geben.

Endlich indem der rigor das schädigende Verhalten in Contracts- und gewissen Quasicontracts-, wie dinglichen Rechtsverhältnissen, abgesehen von der a. auctoritatis, durchaus nur nach dem Gesichtspunkte des Civilproceßdelictes: der temeritas litigii behandelt und für relevant erklärt; indem somit derselbe den Schadenersatz zur poena qualificirt und in solcher vollständig aufgehen läßt, diese poena selbst aber an einen rein objectiven Thatbestand anknüpft und zugleich nach abstracten Maaßstabe: nach Procentsätzen des pretium rei fixirt; indem daher derselbe die Verpflichtung zur Leistung eines Schadenersatzes in jenen Verhältnissen nur auf objective und somit deutlichst erkennbare Momente: auf einen rein objectiven, im Civilprocesse sich verwirklichenden Thatbestand stützt, und zugleich unabhängig stellt ebenso von der Thatfrage des wirklichen Eintrittes einer concreten Vermögensschädigung, als auch von der ziffermäßigen Berechnung des concreten Betrages solcher Schädigung; so wird nun damit im Allgemeinen innerhalb des gesammten obbezeichneten Gebietes der Vermögensschädigung der höchst mögliche Grad objectiver Gewißheit bei Beurtheilung der einschlagenden Fragen gewonnen, im Besonderen aber ebensowohl der Kläger von dem in concreto höchst mißlichen Beweise des Eintrittes, wie der Höhe der erlittenen Schädigung befreit, indem vielmehr die Bezugnahme auf die liquide Begehung des Proceßdelictes genügt, als auch dem Richter die heikele Cognition über jene Fragen erspart, indem vielmehr die Eruirung des pretium rei ausreichte. Und hierin wiederum lag ein eminenter Gewinn bei einem Gerichtsverfahren, welches für die Parteien so äußerst intricat und gefährlich war, und welches wiederum die Entscheidung der Processe in die Hand von Männern legte, von denen eine berufsmäßig juristische Ausbildung gar nicht erfordert ward. Dagegen ließen andrerseits wiederum die bezüglichen Fragen, insoweit darüber vertrags-

mäßige Dispositionen vorlagen, auf solcher concreten Basis leicht und sicher sich beurtheilen (vgl. § 144).

Auf der anderen Seite stehen allerdings dieser Methode des rigor, den Ersatz der in jenen Rechtsverhältnissen erlittenen Schädigung in die poena temeritatis überzuleiten, die Bedenken gegenüber, theils daß diesfalls zahlreiche Vorkommnisse wirklich erlittener Schädigung gesetzlich ohne Ausgleich verblieben, theils daß damit der Individualität der concreten Fälle nicht genügend Rechnung getragen ward insofern, als bei der Irrelevanz des subjectiven Thatbestandes Jemand auch ohne Verschuldung in die poena temeritatis verfallen und sodann wiederum das in der poena von 100 oder $33^1/_3$ % gesetzte Leistungsquantum in concreto ebenso dem Beklagten eine höhere Prästation auferlegen konnte, als die von demselben verursachte Schädigung betrug, wie auch etwa den Kläger benachtheiligte, insofern der von demselben erlittene Schaden in Wirklichkeit höher sich bezifferte. Allein diese Nachtheile reducirten sich auf das Unbeachtliche dadurch, daß a priori es Pflicht der diligentia war, in Vertragsverhältnissen durch Vereinbarungen die einschlagenden Verhältnisse selbst zu regeln; sodann die Mehrzahl der Quasicontracte den arbitria, somit der aequitas überwiesen war; ferner wiederum der Beklagte es gar nicht zum Processe kommen zu lassen brauchte; und dann endlich wieder der Kläger ohne irgend welche Gefährde eine in abstracto hoch gegriffene Ersatzsumme erlangte.

Dagegen wiederum die Methode der aequitas, die Vermögensschädigung in außerdelictischen Verhältnissen als einfache Widerrechtlichkeit zu behandeln und so nun die Verpflichtung zum Schadenersatz ebenso auf den objectiven Thatbestand einer iniquitas, als auf den subjectiven Thatbestand einer Verschuldung oder culpa, wie aber auch auf die Thatsache der wirklich verursachten Schädigung zu stützen, und endlich auf die Höhe des in concreto verursachten Schadens den Betrag der Ersatzleistung zu fixiren, hat allerdings den practischen Werth, der Individualität des concreten Falles in vollster Maaße Rechnung zu tragen, insofern theils dem Beklagten nur für den Fall seiner eigenen Verschuldung eine Ersatzleistung auferlegt wird, theils aber auch die Höhe dieser Ersatzleistung genau nach dem Betrage der verursachten Schädigung bemessen wird. Allein auf der anderen Seite stehen

dem wiederum als practische Nachtheile gegenüber, theils daß die Entschädigung wegen des durch Jemanden erlittenen Schadens abhängig und bedingt ist von einer dabei concurrirenden Verschuldung desselben, somit aber der Geschädigte nicht immer Ersatz für den vom Anderen ihm verursachten Schaden empfängt, anderentheils aber auch jene Ordnung dem Kläger oder Richter den sehr heikelen Beweis und dem Richter die so schwierige Cognition über die Thatsache an sich, wie über die ziffermäßige Höhe der eingetretenen Schädigung auferlegt, Schwierigkeiten, über welche das an sich bedenkliche Auskunftsmittel des iusiurandum in litem nur theilweise weghalf (§ 74 a. E.). Und endlich nöthigte die Methode der aequitas zu Aufstellung einer größeren Anzahl von Detailbestimmungen, die in Folge dessen der Uebersicht und Beherrschung des normativen Stoffes Schwierigkeiten bereiteten und so für den Lebensverkehr, wie für den Richter doch nicht recht handlich waren.[1302])

§ 106.

Die Uebergänge zur Reform des Rechtes.

Die processualischen Reformen.

Die reiche, vielseitige, historisch so sehr bedeutungsvolle Entwickelung des Rechtes zu neuen Gestaltungen und neuen theoretischen Gesichtspunkten, welche mit dem Ausgange des gegenwärtigen Zeitraumes beginnt, bereits in dem nächstfolgenden Abschnitte die tiefgreifendsten Umgestaltungen im Rechte herbeiführt, und in der Kaiserzeit ihre höchste Entfaltung erreicht, findet ihren Ausgangs- und Stützpunkt in der dem gegenwärtigen Zeitraume angehörigen Reform des Civilprocesses durch die lex Aebutia vom Jahre 513—517 (Beil. XXI A. 2).

Und zwar bestand die wichtigste Neuerung jener lex in der Umbildung der leg. a. per cond.: einerseits in deren Aufhebung,

1302) Dies bewahrheitet sich an der späteren Rechtsbildung, so z. B. in deren Theorie, welcher Contrahent bezüglich der Solution für Dolus allein, welcher für Dolus und Culpa, welcher endlich für Dolus, Culpa und Casus zu haften habe: § 86. 89; vgl. auch § 144.

wie andrerseits in der Neuordnung, welche an die Stelle von jener trat. Beides aber vermittelte diese lex auf dem Wege, daß sie innerhalb der Sphäre der bisherigen leg. a. per cond. an Stelle der durch die Parteien dem iudex ertheilten mündlichen Instruction: der causae coniectio eine durch den ius dicens demselben ertheilte schriftliche Instruction: die formula setzte,[1303]) eine Proceßform, die von Vorn herein dem Recuperationsprocesse eigen (Thl. II A. 190) und von hier aus bereits in den Interdictenproceß (Thl. II § 78) übergeleitet, dem Lebensverkehre schon bekannt und vertraut war.

Dagegen hob die lex Aebutia weder die Legisactionssolennität an sich der leg. a. per cond. auf, da vielmehr die sponsio poenalis, wie mere praeiudicialis auch nach derselben für das neue Proceßverfahren in Bestand verblieben, für dieses nun das Merkmal des per concepta verba agere[1304]) ergebend, noch auch demgemäß die Form der richterlichen Condemnation auf die summa sponsionis und resp. das iudicium secutorium (§ 98. 103); und ebensowenig hob die lex Aebutia die leg. a. sacram.: in rem oder in personam,[1305]) die leg. a. per iud. postul.: arbitrium[1306]) oder

---

1303) Wegen der causae coniectio als einem characteristischen Stücke der leg. a. s. Keller, Civ. Pr. A. 200. Dagegen nach der schriftlichen formula, als dem characteristischen Stücke des neuen Proceßverfahrens, ward dasselbe bezeichnet durch de scripto agere: Cic. p.Mur. 13, 28 oder per formulam agere, so Gai. IV, 30: per formulas litigare; Apul. Met. IX, 27: formula dimicare; Donat. praef. in Ter. Phorm.: formulam litis intendere; vgl. Paul. 1 Sent. (D. III, 5, 47. § 1). Dagegen gebraucht in einem engeren Sinne das per formulam agere Gai. IV, 141: modo per sponsionem, modo per formulam agitur.

1304) Gai. IV, 30: per concepta verba litigare, wo allerdings der Ausdruck von dem Formularprocesse im Allgemeinen gebraucht ist. Wegen verbis concipere s. A. 15.

1305) Die lex Aebutia beseitigte den Einzelrichter bei der leg. a. sacr. in personam (Beil. XX A. 18), hob aber dieselbe nicht auf; so daher findet sich dieselbe bei Plaut. Men. IV, 2, 26., wozu vgl. Karlowa, Civ. Pr. 53; dann als a. repetundarum der leges Junia und Calpurnia: vgl. C. J. L. I p. 55 und Addenda p. 555, sowie Schirmer, prätor. Judizialstip. 96. Voigt, Cond. ob caus. 236 fg.; endlich bei Cic de Orat. I, 38, 173., der als Centumviralsachen aufführt: nexorum, mancipiorum iura, worunter auch das Damnationslegat fällt: A. 1169.

1306) Vgl. Beil. XX § III, IV; überdem wird dasselbe bekundet für die a. fin. reg. durch Cic. de Leg. I, 21, 55 vgl. Voigt, in Ber. der sächs. Ges.

iudicium,[1307]) noch auch die leg. a. per man. ini.[1308]) auf, gleichwie endlich dieselbe auch den Recuperations- und den römischen Municipalproceß in Bestand beließ.[1309])

Die principielle Bedeutung aber jener Reform der lex Aebutia bestand darin, daß, indem der Richter seine Instruction nicht mehr durch die Parteien, als vielmehr durch den ius dicens empfing, einestheils diese Instruction zugleich die Vertretung der Legalität des in iure Verhandelten rücksichtlich der hierbei erforderlichen Solennitäten übernahm, somit also der iudex über jene Formalien nicht mehr zu cognosciren hatte, und anderntheils wiederum jene formula in der Weise eine strict bindende Vorschrift für den Richter und dessen Urtheilsfällung in Absolution, wie Condemnation darbot, daß die Abweichung von derselben Seitens des Letzteren den Thatbestand des iudicem litem suam facere ergab.[1310])

In diesem principiellen Momente der Neuordnung der lex Aebutia lag aber der Ausgangs- und Stützpunkt für die wichtigsten und weitgreifendsten Neugestaltungen im Rechte, und dies zwar insofern, als der Prätor jene ihm verliehene Machtvollkommenheit, eine strict bindende Instruction für die Urtheilsfällung dem iudex zu ertheilen, nach der Richtung hin benutzte, daß er

a. die Proceßsponsion auch über andere Thatbestände zuließ,

---

d. Wiss. phil. hist. Cl. 1873. S. 81 fg.; für die a. fam. hercisc. von Cic. de Orat. I, 56, 237 und Quint. J. O. VII, 3, 13; für die a. aquae pluv. arcend. von Cic. und Alfen. in A. 1281; für die Klage wegen damnum infectum (A. 1282) von Gai. IV, 31. Neu eingeführt wurden nach der lex Aebutia die arbitria rei uxoriae, legis Plaetoriae und communi dividundo.

1307) Dasselbe wird bekundet bei a. de rationibus distrahendis von Cic. de Orat. I, 36, 166. 167, wozu vgl. Rein, Priv. Rt. 531 A. 1; de N. D. III, 30, 74 für die a. furti ope, consilio facti: A. 1290; und von Qu. Muc. Scaevola Pont. für die a. de pauperie: A. 1291.

1308) Es genügt, darauf zu verweisen, daß diese leg. a. nach der lex Aebutia neu eingeführt ward durch die lex Furia de sponsu v. 536 (Beil. XIX A. 78), wie durch die lex Furia testamentaria v. 550—585 (A. 1320).

1309) Denn der Proceß mit peregrini, wie extra urbem ergiebt auch nach der lex Aebutia nicht iudicium legitimum.

1310) Gai. IV, 52.

als solche bisher in der leg. a. per cond. klagbar gewesen waren, und zwar ebenso für die a. in personam: a. sponsae pecuniae und ex stipulatu, wie ex mutui datione, als auch für das in rem agere per sponsionem: bei Publiciana in rem und rescissoria;

b. die formula auf Grund von Proceßsponsionen ertheilte, welche nicht in der Form von dare spondesne? Dare spondeo, sondern von Dabisne? Dabo vollzogen worden waren und damit nun den Sponsionsproceß in das ius gentium überleitete;

c. die unmittelbare d. h. nicht durch Sponsion vermittelte formula des Recuperationsprocesses (Thl. II § 29) auch in Anwendung brachte bei Rechtsstreitigkeiten des ius gentium: ebenso mit oder zwischen peregrini, die nicht durch eine recuperatio geschützt waren, als auch zwischen cives selbst, so nun einen eigenen Proceß des ius gentium schaffend, der selbst in seinen leitenden Grundsätzen zwar den allgemeinen Gesichtspunkten des Sponsionenprocesses der lex Aebutia unterstellt ward (Thl. II § 83), immerhin aber die bemerkenswerthe Eigenthümlichkeit an sich trug, daß hier das Richterurtheil niemals in präjudicialer Form auftrat, sondern stets sofort eine meritorische Entscheidung, und dies zwar sei es in kategorischer, sei es in hypothetischer Maaße auf baar Geld ertheilte: Delictsklagen aus damnum iniuria datum und furtum, wie a. ex emto vendito; theils aber auch solche formula beim Proceß des ius civile selbst verwendete, so daß man hier nun die sponsio mere praeiudicialis, als eine leere und nichtssagende, somit entbehrliche Form allmählich fallen ließ, so z. B. in der cond. tritic. aus einer stipulatio iuris civilis, ein Vorgang, der jedoch erst dem nächsten Zeitraume anheimfällt;

d. in die formula neue Clauseln einfügte, welche neue systematische Figuren ergaben und die an und für sich entweder eine eigene civilrechtliche Ordnung vertraten, wie die exceptio: exc. rei venditae et traditae und iusti dominii, oder die dem nächstfolgenden Zeitraume angehörige Restitutionsclausel: bei a. redhibitoria, de dolo, quod metus causa, de eo quod certo loco, formula petitoria u. A. m., oder welche einen überwiegend rein processualischen Werth hatten, wie die fictio: bei den Delictsklagen bezüglich der peregrini oder später bei Publiciana in rem, wie rescissoria.

Die Neubildungen selbst nun, welche in den nächsten fünf

und dreißig Jahren nach Erlaß der lex Aebutia sich vollziehen, enthalten zwar nur die ersten und keimartigen Ansätze, aus denen jene überraschend reiche und ideenvolle Entwickelung der späteren Jahrhunderte sich entfaltete; allein ihre Vielseitigkeit, wie Reichzähligkeit beweisen, wie sehr jene Reformen der lex Aebutia dem Bedürfnisse ihrer Zeit entsprachen, wie treffend dieselbe die Anforderungen ihrer Gegenwart befriedigte, wie dringend jenes Bedürfniß selbst des Lebensverkehres gewesen war, wie schnell und vielseitig endlich die durch jene lex gewährte freiere Bewegung genutzt ward. Im Einzelnen aber vollzieht sich dieser dem gegenwärtigen Zeitraume noch anheimfallende Entwickelungsproceß in folgenden Stadien:

514—518: exc. rei venditae et traditae: Beil. XXI § XI;

519: in rem agere per sponsionem: Beil. XXI § VIII;
Publiciana in rem: Beil. XXI § VIII, wie Publiciana rescissoria: § 107, beide von Vorn herein civil und in Form des agere per sponsionem gekleidet;
exceptio iusti dominii: Beil. XXI § VI;[1311])

524 oder kurz nachher: a. sponsae pecuniae: Beil. XIX § VII unter V A 1;

525—535: a. ex stipulatu aus principaler, wie accessorischer fidepromissio: Beil. XIX § VII unter V A 2;

in der nachfolgenden Zeit: Ueberleitung der a. furti und damni iniuria dati bezüglich der Peregrinen in das ius gentium durch unmittelbare formula mit Fiction der Civität: Thl. II § 82;
Stipulationsform auf Dabisne? Dabo, zunächst nur für sponsio poenalis und mere praeiudicialis der Peregrinen: Beil. XIX § VII unter V B 2, somit Ueberleitung des Processes der lex Aebutia in das ius gentium;
Ueberleitung der Publiciana in rem in der Form des agere per sponsionem, wie der exc. iusti dominii in das ius gentium;
Ueberleitung der a. ex stipulatu aus fidepromissio in das ius gentium und zwar vermittelst einer unmittel-

---

1311) Die dort gegebene Conception dieser exceptio ist dahin zu verbessern: Si non ea res, qua de agitur, ex iure Quir. Num. Negidii sit.

baren Formel, die ihre intentio, wie condemnatio der a. leg. Aquiliae entlehnt, dort unter Beifügung von ex fide bona, hier unter Vertauschung des quanti — — ea res fuerit, tantam pecuniam mit eius;

525—550: a. ex emto vendito, somit Contractsklage des ius gentium mit der unmittelbaren formula der a. ex stipulatu: Beil. XXI § XV;

525—554: certi, wie triticaria cond. ex mutui datione, als Contractsklage des ius gentium mit Sponsionsformel: Beil. XXI § XXIV.

In der Gesammtheit jener Neubildungen ergeben sich aber zwei Gruppen: einestheils die dem Civilrechte, und anderntheils die dem Proceßrechte angehörigen. Von den ersteren gewinnen nun eine Bedeutung für die hier gestellten Aufgaben zunächst die exc. rei vend. et trad. und die Publiciana in rem, insofern dieselben die Vorläufer der a. ex emto vendito bilden: und in dieser ihrer Stellung haben dieselben ihre Beleuchtung bereits in Beil. XXI § IX fg. § III fg. gefunden; dann die a. ex emto vendito und die Klage aus der mutui datio, die jedoch, erst am Schlußpunkte dieses Zeitraumes auftretend, vielmehr der Geschichte des nächsten Abschnittes anheimfallen; und endlich die a. sponsae pecuniae, ex stipulatu, wie Publiciana rescissoria, auf welche in § 107 zurückzukommen ist. Dagegen von den proceßrechtlichen Thatsachen ist die fictio weder neu (Thl. II § 20), noch von Bedeutung für die hier maaßgebenden Aufgaben, wogegen das in rem agere per sponsionem und die exc. wiederum der Geschichte der hier fraglichen beiden Principien angehören.

Was zunächst nun das in rem agere per sponsionem betrifft, so steht dieses strict auf der Basis des rigor und characterisirt sich somit als Neugestaltung innerhalb der Sphäre des letzteren: es ist dasselbe eine Parallelbildung der leg. a. sacr. in rem, bei welcher durchaus die leitenden Gesichtspunkte und die principielle Structur der letzteren festgehalten sind, und die Klage in der gleichen Maaße und mit den gleichen Mitteln, wie dort, unter die Herrschaft des rigor gestellt wird. Denn indem an die Stelle des sacramentum und seiner zubehörigen Legisactionsformel hier die sponsio mere praeiudicialis:

Si homo oder dergleichen, quo de agitur, ex iur. Quir. meus est, sh. XXV nummos dare spondes?

tritt und zwar mit der gleichen Function, den Rechtsanspruch in solennen Worten zu concipiren; indem sodann dem entsprechend die formula auf die intentio und condemnatio der certi condictio sich concipirt: si parret Num. Negidium Aul. Agerio sh. XXV nummos dare oportere, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio sh. XXV nummos condemnato, si non parret absolvito;[1312]) so ist nun auch hier der Richter auf ein Urtheil rein präjudicialer Formulirung verwiesen, dagegen demselben jedwede meritorische Entscheidung über das Quale und Quantum des Restitutions-Objectes entzogen, Alles dies entsprechend, wie bei der leg. a. sacr. (§ 96). Und gleichwie bei dieser, so ist nun auch beim agere per sponsionem die Erledigung dieser öconomischen Nebenfragen in die vindiciarum dictio und datio verwiesen, nur daß hier an Stelle der praedum litis vindiciarum datio die stipulatio pro prade litis vindiciarum sammt satisdatio durch adpromissores tritt,[1313]) so daß daher hier der promissor, wie die Bürgen dem Mitcontrahenten gegenüber für den Fall der Nicht-Restitution von res sammt fructus zur Zahlung des duplum sich verpflichteten (A. 873), demgemäß daher die Stipulation lautete:

Si sponsione vicero,[1314]) nisi et rem et fructus, quibus de agitur, restituas, in quantum e lege praes litis vindiciarum datus teneretur,[1315]) tantam pecuniam dari

---

1312) Gai. IV, 93. vgl. Keller, Civ. Pr. A. 301.

1313) Cic. in Verr. II, I, 45, 115: pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret; Gai. IV, 91. 94. Paul. 1 Sent. (fr. Vat. 336), Val. Prob. de Not. § 5 no. 22; Pseudo-Asc. in Cic. cit. p. 191: qui eam (sc. rem, qua de agitur) tenet, dat pro praede litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium esset. Wegen des Falles, daß der Beklagte die satisdatio ablehnte: s. bei A. 943 fg.

1314) Die entsprechende Conception: si parret Aul. Agerium Num. Negidium sponsione vicisse ist auch beim iudicium secutorium des Interdictenprocesses zu statuiren: Schmidt, Interd. Verf. 218. In der leg. a. sacr. (A. 1152) lautete die Stipulation: si secundum me iudicatum erit, entsprechend somit der stipulatio iudicatum solvi: A. 918.

1315) Vgl. Keller, a. O. bei A. 660. Vgl. auch die stipulatio iudicatum solvi bei A. 947 fg.

dolumque malum huic rei abesse abfuturumque esse spondes?

Und indem sonach diese Stipulation die unbedingte Haftung für die Restitution auf den promissor in der gleichen Maaße übertrug, wie bei praedum datio, so prägt sich nun in Alle dem gegenüber den hier fraglichen Principien durchaus die gleiche Ordnung aus, wie solche in § 96 bezüglich der leg. a. sacram. entwickelt ist, und dies insbesondere auch insoweit, als dem Beklagten dann, wenn der Kläger statt zur a. ex stipulatu pro praede litis vindiciarum zur leg. a. per man. ini. griff, ein arbitrium litis aestimandi zustand (A. 1298) mit dem gleichen pecuniären Ergebnisse, wie jene a. ex stipulatu.

Daraus aber ergiebt sich wiederum, daß das legislatorische Motiv für Schaffung des in rem agere per sponsionem nicht in der Tendenz gegeben ist, der aequitas eine neue Anwendung im Civilprocesse zu eröffnen, als vielmehr daß im Civilrechte die bestimmenden Gründe dafür zu suchen sind: es handelte sich hierbei darum, für die durch die publicianischen Edicte im Jahre 519 neu proponirten actiones Publiciana in rem, wie rescissoria, für welche, weil honorarisch, die leg. a. sacram. unzugänglich war, eine geeignete Klagformel zu schaffen; und dies nun bewerkstelligte Publicius selbst in der Weise, daß er auf jene Klagen den Proceß der lex Aebutia in Anwendung brachte,[1316]) damit zugleich die poena temeritatis des sacramentum bei Rechtsverhältnissen vermeidend, welche nicht auf der gleich objectiv sicheren Basis ruhten, wie dies bei den durch rei vindicatio geschützten Rechtsverhältnissen der Fall war.[1317])

Dahingegen die exceptio steht an und für sich zwar den hier maaßgebenden Principien völlig neutral gegenüber, demgemäß daher dieselbe auch Ansprüchen dient, welche in keinerlei Beziehung zu jenen Principien stehen, so als exc. legis Cinciae;

1316) Daß die Publiciana in rem von Vorn herein nicht durch formula petitoria, sondern durch sponsio klagbar war, ist nachgewiesen in Beil. XXI § VIII.

1317) Dagegen widerstrebte dieser Zeit die poena temeritatis an sich durchaus nicht, wie daraus sich ergiebt, daß dieselbe noch in dem nächsten Zeitraume neue Anwendung fand: § 108.

allein in der That gestaltete sich dieselbe zu dem Mittel, die Repression der ungerechtfertigten Bereicherung in defensiver Richtung in der ausgiebigsten Maaße zur Geltung zu bringen, so als exc. leg. Plaetoriae und quod metus causa, vor Allem aber als exc. doli mali.

Im Uebrigen sind es namentlich noch zwei Rechtsordnungen, welche von der leg. a. per condictionem in den Proceß der lex Aebutia und weiterhin auch des ius gentium herübergenommen werden: theils das iusiurandum in iure delatum (A. 1229), theils die durch die Lit. Cont. vermittelte Novation, welche letztere, auf in ius conceptae actiones in personam mit iudicium legitimum übertragen, auf diesem Wege sogar auf die bon. fid. a. Anwendung erlangte (§ 114).

§ 107.

Fortsetzung.

Die a. ex stipulatu und Publiciana rescissoria.

Nach den Berichten der Quellen kamen in Veranlassung einer von Sp. Carvilius Ruga im Jahre 523 vollzogenen frivolen Ehescheidung alsbald die cautiones rei uxoriae in Aufnahme, Stipulationen somit, welche, mit einer doli clausula versehen (Beil. XIX § III unter 1), für den Scheidungsfall Dispositionen betreffs der Restitution der dos an die Ehefrau trafen und aus denen die a. sponsae pecuniae, ihrem Wesen nach eine a. ex stipulatu, gegeben ward (Beil. XIX § II unter 4a). Im Näheren aber wird berichtet, daß

a. die cautio rei uxoriae darauf sich concipirte: si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod aequius melius esset, apud virum remaneret, reliquum dotis restitueretur uxori (Beil. XX A. 38);

b. die aus solcher Stipulation in späterer Zeit ertheilte unmittelbare formula dahin sich concipirte: quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Ageriae dare facere oportere ex fide bona, eius, iudex, Num. Negidium Aul. Ageriae condemnato, si non parret absolvito (Beil. XIX § IV unter b. § I unter 4);

c. auf Grund solcher formula der Richter außer der iudicatio

auch noch ermächtigt war zu einer pronuntiatio: quod melius aequius esset, ut apud virum maneret, id vir sibi retineret, quod vero non esset melius aequius apud virum manere, id uxor post divortium recipere (Beil. XX A. 38), somit also in der Form melius aequius esse mihi videtur (vgl. A. 1490), uti Num. Negidius — — retineat utique Aul. Ageria — — recipiat.

Und sodann wurde in der Zeit von 525—535 aus der fidepromissio, ebenfalls einer Stipulation mit doli clausula,[1318]) eine Klage gegeben, der speciell von Vorn herein die Bezeichnung a. ex stipulatu zukam. Und diese Klage nun ward nach ihrer Ueberleitung in das ius gentium mit der unter b aufgeführten unmittelbaren formula bekleidet, ja es gelangte solche formula überhaupt an dieser Klage zuerst und somit auch früher zur Anwendung, als bei der a. sponsae pecuniae, da bei der letzteren doch wohl erst später, als bei jener, die processualische Sponsionssolennität fallen gelassen wurde.[1319]) Und in dem folgenden Zeitraume ward dann diese formula, wie jene Bezeichnung auf jede Stipulation mit doli clausula generalisirend übertragen (Beil. XIX § IV).

Dieses Verhältniß selbst aber, daß jene formula ihre erste und ursprüngliche Verwendung und ihre historische Entstehung bei der fidepromissio findet, erklärt nun auch die so merkwürdige Conception der ersteren: denn indem jene Stipulation sich förmelte auf: dare fide tua promittis? Dare fide mea promitto, so ist es nun eine verbale Recapitulation des Stipulations-Inhaltes, die in der Conception jener formula auf quidquid parret ob eam rem — — dare facere oportere ex fide bona hervortritt, entsprechend hierin dem maaßgebenden Gesetze der verbi ratio des ältesten Rechtes (§ 4). Und dieser Moment bietet denn auch den Beweisgrund dagegen, daß diese formula nicht von der a. sponsae pecuniae ihren Ausgang nimmt, da bei der cautio rei uxoriae,

---

1318) Beil. XIX § III unter 2. § V unter 2. § VII unter V A 2. Daß insbesondere die lex Cincia von 550 die fidepromissores bereits vorfand, bezeugt Gai. III, 123.

1319) Insofern ist die Darstellung in Beil. XIX § VII unter A zu modificiren, welche die Entstehung der fraglichen formula an die a. sponsae pecuniae anknüpft.

ungefähr dahin sich concipirend: deducto eo, quod melius aequius est, apud te remanere, reliquum dotis te mihi restituere spondes? dafern diese mit einer speciell für sie neugeschaffenen unmittelbaren formula bekleidet worden wäre, die letztere, ähnlich der a. in aequum et bonum concepta, hätte lauten müssen: quidquid parret ob eam rem — dare oder dare facere oportere, iudex, in quantum melius aequius tibi videbitur — — condemnato. Im Besonderen aber liegt in der Clausel ex fide bona zugleich die Ermächtigung für den Richter, bei seinem Urtheile neben dem ius zugleich als zweite maaßgebende Norm das Gesetz der fides bona in Anwendung zu bringen, eine ausdrückliche Ermächtigung, deren es nach der herrschenden Anschauung dieser Zeiten nothwendig bedurfte (§ 102. 140).

Jene formula selbst aber bietet eine höchst bemerkenswerthe Eigenthümlichkeit darin, daß, während in der fidepromissio selbst in altüberlieferter Wortconception der promissor nur die Erfüllung des durch die Vereinbarung substantiirten Quale und Quantum auf seine fides übernahm, jene formula die fides nicht dem entsprechend als den Regulator der Erfüllung an sich des so Substantiirten hinstellte, noch auch hinstellen konnte, da ja in dieser Beziehung jetzt das ius an Stelle der früher allein maaßgebenden fides trat (§ 38), sondern vielmehr dieselbe zum Regulator des öconomischen Gehaltes des Angelobten: des quidquid dare facere oportet erhob. Und indem damit die Verbindlichkeit des Beklagten nach diesem ihrem öconomischen Gehalte nicht auf das aequum et bonum angewiesen wird, als das Gesetz der Billigkeit in Abwägung und Ausgleichung collidirender Vermögensinteressen, somit nicht auf jene dem Gesetze der boni mores im großen Ganzen inliegende specielle Norm, welche allein von Alters her neben dem ius berufen war, den öconomischen Gehalt obliegender Verbindlichkeiten zu regeln, sondern vielmehr zum Regulator solcher Kategorie die bona fides: Treu und Glauben, wie solches die römische Volksanschauung erfordert (A. 1240), erklärt wird, somit diejenige specielle Beziehung des Gesetzes der boni mores, welche von Alters her für die obliegenden Verbindlichkeiten den Regulator von deren Existenz allein, nicht aber von deren öconomischen Gehalte ergab (§ 100), so wird nun hiermit der Maaßstab der socialen fides berufen, eine Function

zu übernehmen und eine Wirksamkeit nach einer Beziehung hin auszuüben, die von der ältesten Volksanschauung ausschließlich dem Gesetze der aequitas überwiesen war. Und darin nun offenbart sich eine Abweichung von jener ältesten Auffassung und ein Uebergang zu der ganz neuen Anschauung, daß die bona fides, als Attribut des Mannes, doch nicht bloß das subjective Correlat des Gesetzes von Treu und Glauben allein, sondern auch des Gesetzes der Billigkeit in öconomischen Dingen sei, somit also in Correspondenz nicht lediglich zum Gesetze der fides, als vielmehr nicht minder zum Gesetze der aequitas stehe. Und diese neue Anschauung des sechsten Jahrhunderts ist es, welche mit der Uebertragung der obigen formula auf die a. ex emto vendito und weiterhin auf die bon. fid. a. im Allgemeinen hier einen neuen Spielraum gewann und eine Prämisse ergab, auf welche gestützt ganz neue, vielseitige und weitgreifende Consequenzen entwickelt wurden (§ 109).

Allein andererseits nimmt doch auch wiederum jenes quidquid dare facere oportet ex fide bona durchaus nicht vollständig den gesammten stofflichen Gehalt eines quidquid melius aequius est dare facere in sich auf, indem vielmehr eine höchst wichtige sachliche Nuancirung in jener formula in Geltung sich behauptet, die nun auch neben der hervorgehobenen Rücksicht auf die Correspondenz der Klagformel mit der Stipulation den sachlichen Grund für die Wahl jener ganz neuen Formelconception darbietet. Denn während es dem Wesen der aequitas inliegt, daß in voller Gleichheit und Zweiseitigkeit die collidirenden Vermögensinteressen je von Gläubiger und Schuldner berücksichtigt und gegenseitig abgewogen und ausgeglichen werden (§ 100), so ergiebt nun schon die Natur der fidepromissio, als eines einseitig verpflichtenden Vertrages, bei dem der Schuldner allein, nicht aber auch der Gläubiger seine fides engagirt, daß hierbei nur ein einseitiger Anspruch des Gläubigers und eine einseitige Abwägung von dessen Vermögensinteresse in Frage kam, somit also die fides für den Promissor nur Verbindlichkeiten, nicht aber Ansprüche irgend welcher Art begründen konnte. Und dieser leitende Gesichtspunkt ist denn nun auch für die a. ex stipulatu zu allen Zeiten und durchaus consequent festgehalten worden (§ 115), indem eine Abweichung hiervon keineswegs durch die Fälle begründet wird,

wo der Promissor Retentionen durch die Stipulation ausdrücklich sich vorbehält, wie bei der cautio rei uxoriae, da solche Retentionen kraft Vertragsinhaltes, nicht aber ipso iure zur Geltung kommen. Wohl aber hat die Rechtsentwickelung eine völlig andere Grundordnung adoptirt, als sie die obige formula auf die a. ex emto vendito übertrug, indem sie hier, gestützt auf die wesentliche Zweiseitigkeit der Obligation und auf deren zweiseitige Fundirung auf die fides, dem dare facere oportere ex fide bona eine Wirksamkeit und Geltung nicht bloß im Interesse des Klägers, sondern auch im Interesse des Beklagten beimaß und hier somit dasselbe als gleichwerthig behandelte mit einem bonum et aequum esse dare facere (§ 113).

Und dann endlich ist es ein bemerkenswerther Moment, daß, während die älteste Zeit es bei den arbitria im Allgemeinen geboten fand, der dem arbiter actuell eingeräumten großen Freiheit seines Urtheiles eine potentielle Schranke zu setzen, indem ihm durch die quasi taxatio eine Directive für dieses Urtheil gegeben ward (§ 102), bei der obigen formula solche Vorsicht nicht als nothwendig anerkannt, vielmehr der Richter schlechthin und ohne Weiteres auf das Gesetz der bona fides als den Maaßstab seines Urtheiles verwiesen ward. Und dieses Verfahren ward denn auch beibehalten bei Uebertragung jener intentio auf die a. ex emto vendito, und mochte denn nun auch gleich als ein Präjudiz wirken, als die Interpretatio das arbitrium rei uxoriae ebenfalls ohne solche quasi taxatio construirte (Beil. XX § IV).

Welche besondere practische, wie theoretische Consequenzen aber aus jener intentio auf dare facere oportet ex fide bona bei der doctrinellen, wie forensischen Behandlung jener Rechtsverhältnisse gezogen wurden, welche Tragweite man somit ebenso dieser Clausel ex fide bona, wie der der Stipulation inserirten doli clausula nach Maaßgabe von § 5 beimaß, dies zu erörtern verbleibt am Besten dem nächsten Abschnitte vorbehalten, wo jene Consequenzen theils in Uebereinstimmung, theils im Gegensatze zur bon. fid. a. sich klärten und präcisirten (§ 115).

Und ebenso läßt sich bezüglich der a. sponsae pecuniae in ihrer ursprünglichen Einkleidung in die sponsio mere praeiudicialis nur sagen, daß die unter c angegebene pronuntiatio in dem iudicium secutorium erfolgte, welchem die präjudiciale Condemnation

voraufging; daß sodann bei jener pronuntiatio die aequitas eingriff in Bezug auf das Quantum des zu Restituirenden, wie zu Retinirenden, während die manichfachen Rechtsgründe selbst für die Retention nach Volksanschauung, Gewohnheitsrecht und richterlichen Präjudicien sich bestimmten; und daß endlich dann, als jene Klage mit der unmittelbaren formula der a. ex stipulatu bekleidet ward, auf dieselbe zwar die Ordnungen und Sätze übergingen, die für diese letztere Klage sich ausgebildet hatten, immerhin aber die erstere auch jetzt noch die Besonderheit sich bewahrte, daß hier die durch die cautio rei uxoriae vereinbarten retentiones dotis als Gegenansprüche ipso iure zur Geltung gelangten (A. 1267).

Eine zweite Klage sodann, welche, dem gegenwärtigen Zeitraume noch angehörig, der Geschichte der hier behandelten Principien anheimfällt, ist proponirt durch ein honorarisches Edict, dessen ursprüngliche Fassung nach Inst. Just. IV, 6, 5 und Theoph. in h. l. in Verbindung mit dem edictum perpetuum in Dig. IV, 6, 1. § 1. dahin lautete:

> Si quis, quum rei publicae causa sine dolo malo abesset vel in hostium potestate esset, quid usu suum fecerit, eam rem, si rei publicae causa abesse vel in hostium potestate esse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione petere permittam[1320];

und welches somit das Complement bildete zu der lex Hostilia, die nach Inst. Just. IV, 10. pr. und Theoph. in h. l. das furti [lege] agere in Vertretung derjenigen gestattete, „qui apud hostes essent

1320) In der Beurtheilung des betreffenden Edictes folge ich der Auffassung von Schilling, Inst. § 131 und Burchardi, Wiedereinsetzung 153 fg. und zwar im Besonderen, daß dem Bericht in Inst. cit. eine gute, rechtshistorische Nachricht zu Grunde liegt, der gemäß nun die rest. in integr. 1. von Vorn herein nur wider, nicht aber für den absens ertheilt ward, indem vielmehr bezüglich des Letzteren die lex Hostilia allein Platz griff; 2. von Vorn herein nur beim nämlichen Thatbestande, wie der lex Hostilia, somit nur wegen rei publicae causa abesse vel in hostium potestate esse des Gegners ertheilt ward, während in anderen Fällen auf andere Weise gesorgt war; 3. von Vorn herein gegen Usucapion allein ertheilt ward; vgl. Inst. cit. § 3. — Wegen des rei publ. c. sine dolo malo insbesondere vgl. Prob. Einsiedl. p. 427 no. 14: R. P. C. S. D. M.

aut rei publicae causa abessent quive in eorum cuius tutela essent[1321]).“

Die aus diesem Edicte oder dessen späteren Erweiterungen ertheilte Klage führt aber ebensowohl die Bezeichnung rescissoria actio, die ihr allein im Gegensatze zu den aus den übrigen Edicten über die rest in integr. ertheilten und als restitutoriae actiones gekennzeichneten Klagen zukam (A. 1133), als auch die Benennung Publiciana actio[1322]). Und aus diesem letzteren Namen nun ist nach einem allgemein gültigen Gesetze, welches das römische Recht bei Benennung der Rechtsquellen, wie Rechtsmittel beobachtete,

1321) Beide Rechtsmittel: die a. Publiciana, wie die leg. a. furti haben zu ihrer Voraussetzung die älteste röm. Auffassung, daß der captivus civis Romanus cap. dem. nicht erlitt: Beil. X § VII, eine Auffassung, die in manichfachen Spuren in den Digesten noch nachwirkt, so z. B. bei Ulp. 74 ad Ed. (D. II, 11, 4. § 3): si quis in servitute hostium fuerit ac per hoc vadimonium (Trib.: in iudicium) non stetit, debet exceptione adiuvari.

1322) Glossar bei Brisson. de V. S. s. v.: Publiciana actio rescissoria datur ei, cuius res, quum absens esset reipublicae caussa vel apud hostes, usucapta est; Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.): — — Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur; sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur; Pap. 10 Resp. (D. XVII, 1, 57): mandatum distrahendorum servorum defuncto eo, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit; quoniam tamen heredes eius errore lapsi non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit. Sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non [in]utiliter acturum, quum exceptio iusti dominii causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno. Bezüglich der letzteren Stelle bemerkt Keller, Civ. Pr. A. 347: „wer dabei an die rescissoria denken möchte, der sehe zu, wie er die exc. dominii darin anbringe, welche, obwohl Pap. sie ausschließt, doch denkbar sein mußte.“ Allein dies Bedenken ist sicher unbegründet, da Pap. sagt: der venaliciarius kann die Klage mit Erfolg anstellen, indem die exc. dominii nur causa cognita ertheilt d. h., dafern impetrirt, vom Prätor verweigert wird, somit also nur die Annahme statuirt ist, daß diese exc. vom Beklagten eingewendet werde, nicht aber, daß solche diesfalls irgend wie in thesi statthaft gewesen sei. Dagegen aber vermag ich nicht zu ersehen, wie für den venaliciarius die Publiciana in rem möglich sein solle: denn da es keinen Mitbesitz in solidum zur Usucapion giebt, und da der emtor und dermalige Besitzer usucapirt hat, so kann doch der venaliciarius nicht als Usucapionsbesitzer klagend auftreten.

zu entnehmen, daß solche Klage von einem Prätor Publicius geschaffen, somit also von diesem das dieselbe setzende Edict zuerst proponirt worden ist[1323]). Und da nun bereits Serv. Sulpicius bei Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 4) ein jüngeres Edict mit erweiternden Bestimmungen kennt; ingleichen schon das S. C. Lutatianum v. J. 676 auf ein solches hinweist[1324]); und endlich auch schon Ter. Phorm. II, 4, 9 fg. III, 3, 11, 16, somit im J. 593[1325]) auf die rest. in integr. wegen absentia anspielt; demnach aber der Prätor von 685 Qu. Publicius sicher nicht der Autor jenes Edictes ist; so ergiebt sich daraus allenthalben, daß dasselbe ebenso vom Prätor d. J. 519 M. Publicius Malleolus, somit also von dem Autor der Edicte über die Publicianae in rem zuerst proponirt ward (Beil. XXI § VIII), wie aber auch, da die übrigen Edicte über rest. in integr. erweislich einer späteren Periode angehören, das erste und älteste derartige Edict war, eine Thatsache, woraus sich nun auch die specielle Bezeichnung der betreffenden Klage als a. rescissoria erklärt.

Und diese Altersbestimmung der Publiciana rescissoria läßt denn nun auch in den Zeitverhältnissen des angehenden sechsten Jahrhunderts die occasio legis deutlichst erkennen: die kurze Usucapionszeit der XII Tafeln hatte kein Bedenken, so lange ebensowohl die Kriege nur innerhalb Italiens geführt wurden und so nun die Auswechselung oder Auslösung der Kriegsgefangenen schnell sich bewerkstelligen ließ, als auch die Abwesenheit in Staatsdiensten: in Civil-, wie Militärdienst nur seltener war, wie kürzer dauerte;

1323) So Burchardi und Schilling a. O. Heineccius, Antiqu. I, 23, 7. A. d. Dagegen wendet Keller, a. O. A. 946 ein, die obige Klage habe Publiciana geheißen als formula petitoria mit Usucapionsfiction. Ich meine indeß, daß einer Jurisprudenz, welche z. B. zwischen a. leg. Aquilia directa, utilis und in factum schied, ein derartiges mechanisches und gewiß geradezu unwissenschaftliches Generalisiren nicht beizumessen ist, wie Keller dies voraussetzt. Ueberhaupt ist mir die ganze betreffende Polemik Kellers bei diesem Schriftsteller nicht recht verständlich.

1324) In C. J. L. I no. 203. lin. 14: εἴ — τινε[ς] ἀγροὶ, οἰκίαν, ὑπάρχοντα αὐτῶν πέπρανται μετὰ τὸ ἐκ τῆς πατρίδος τῶν δημοσίων πραγμάτων τῶν ἡμε-τ[έ]ρων χάριν ὁρμῆσαι, ὅπως ταῦτα πάντα αὐτοῖς εἰς ἀκέραιον ἀποκαστα[θ]ῇ.

1325) Vgl. Wagner in Jahns N. Jahrb. für Phil. 1865. XCI, 288 fg. Dziatzko im Rhein. Mus. N. F. 1866. XXI, 64 fg.

der erste punische Krieg jedoch (490—512) mit seiner zwanzigjährigen Dauer, und die Erwerbung sodann transmariner Provinzen: des punischen Sicilien (512), wie Sardiniens und Corsica's (516—519), indem sie eine vollständige Veränderung in jenen von Alters her gegebenen Verhältnissen herbeiführten, legten so nun die Nothwendigkeit nahe, zum Schutze der dadurch gefährdeten Interessen der von jenen Verhältnissen Betroffenen vorkehrend einzugreifen; und solche Schutzmaaßregeln bot nun ebenso wie die lex Hostilia das publicianische Edict.

Im Uebrigen aber ist das letztere Edict in seiner ältesten Fassung vorerst nur von untergeordneter Bedeutung für die Geschichte der hier maaßgebenden Principien: denn es ist ein durchaus isolirter Punkt, in welchem jenes Edict nach der Richtung einer Repression der ungerechtfertigten Bereicherung eingreift. Wohl aber gewinnt es eine höhere Bedeutung in den späteren Perioden theils durch die Erweiterungen, die demselben successiv zu Theil wurden; theils dadurch, daß an dasselbe später noch andere Fälle der rest. in integr. sich anlehnten und so insbesondere wegen cap. dem.; theils endlich dadurch, daß mit demselben der Principsatz der aequitas: Repression der ungerechtfertigten Bereicherung ebenso zuerst Eingang und Verwirklichung in der Legislation, als auch sofort Anwendung selbst innerhalb der Sphäre des strictum ius gefunden hat.

Die in jener rescissorischen Publiciana verwirklichte Ordnung selbst aber, daß eine eingetretene, gemißbilligte Veränderung gegebener Besitzverhältnisse nicht durch Restitution der damit herbeigeführten Bereicherung, als vielmehr durch Wiederherstellung der gestörten Besitzverhältnisse selbst beseitigt werde, erklärt sich aus den historischen Verhältnissen der Constituirung jener Klage: denn wie bei der Publiciana in rem die Rechtsordnung für die vollendete Usucapion zur Geltung gelangte, so wird hier bei der rescissoria die Rechtsordnung der nicht vollendeten Usucapion zur Anwendung gebracht. Und dieser Parallelismus ist es, der die Absonderlichkeit dieser Rechtsordnung der rescissoria erklärt: denn an und für sich ist die rest. in integr., auf vermögensverändernde Vorgänge civilrechtlicher Natur angewendet, nicht allein schwerfällig und ungelenkig, sondern bedroht auch den Lebensverkehr mit Störung und Verwirrung, sobald die Interessen Dritter dabei in

Mitleidenheit gelangen. Daher hat die spätere Legislation nur in sehr beschränkter Maaße solche Ordnung noch zur Anwendung gebracht: theils bei Rechtsverlust aus processualischen Gründen, theils bei vis und dolus malus im Nothfalle, theils endlich bezüglich der Minderjährigen, wogegen die Restitution wegen cap. dem. bereits den Character einer normalen Aufhebung älterer Rechtsordnungen sachlich gewinnt (§ 134).

Zweiter Abschnitt.

Die historische Ausprägung der Principien von der Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St. bis zum Zeitalter Cicero's.

§ 108.

Historische Stellung im Allgemeinen der Principien.

In Bezug auf das Princip der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung ergab der vorhergehende Zeitraum für das Verhältniß von rigor und aequitas den Sachverhalt, daß normaler Weise der rigor allein das ius beherrschte, dahingegen die aequitas als die den öconomischen Gehalt der Verkehrsverhältnisse regelnde Norm bei den auf fides stehenden einfachen Lebensgeschäften zur Geltung gelangte, woneben dann exceptioneller Weise dieselbe auch den öconomischen Gehalt der auf dem ius stehenden arbitria regelte. Und dieser Gegensatz von rigor und aequitas innerhalb des ius prägte sich aus einerseits in den lites, den condictiones und den bezüglichen Klagen der leg. a. per man. ini., wie andrerseits in den arbitria der leg. a. per iud. post. In dem gegenwärtigen Zeitraume nun trat in Folge der processualischen Reformen der lex Aebutia an Stelle jenes Gegensatzes die Begriffsreihe einerseits von lites und von iudicia, unter welche letztere theils die hier nicht bezüglichen iudicia der leg. a. per iud. postul., theils die stricti iuris actiones des Formularprocesses fallen und woneben dann noch die Klagen der leg. a. per man. ini. treten, und andrerseits von arbitria als der Aequitäts-Klagen,

theils die legitima arbitria der leg. a. per iud. post., theils die honoraria arbitria: die bon. fid. actiones umfassend (Beil. XX § II), wogegen endlich die honorarischen actiones in factum conceptae bei jener Classification gar nicht mit inbegriffen sind.

Was nun zunächst die Stellung des rigor anbetrifft, so behauptet derselbe nicht allein sein altes Herrschaftsgebiet, sondern erweitert auch solches durch Neubildungen, die ebenso innerhalb der Sphäre der leg. a. sacramento sich vollziehen: in der a. repetundarum leg. Juniae, wie Calpurniae (A. 1305), als auch in der Sphäre der leg. a. per man. ini., so in der a. legis Furiae testamentariae (A. 1308) und legis Marciae adversus faeneratores, wie nicht minder in der Sphäre der condictio: einerseits der incerti condictio aus Stipulation ohne doli clausula (Beil. XIX § VII unter V B 3), und andererseits der condictio ex mutui datione (Beil. XXI § XXIV), non debiti und ex iniusta causa (§ 120), ex lege Servilia und Cornelia repetundarum (§ 121), wie endlich auch honorarischer Condictionen: der a. rerum amotarum (§ 120), de pecunia constituta und operarum. Ja es greift sogar der rigor insofern in die Sphäre der aequitas über, als dessen Methode, schädenfähige, widerrechtliche Handlungen als Proceßdelict der temeritas litigii zu behandeln, nicht nur bei der certi condictio des Formularprocesses und anderntheils beim iudicium iudicati und depensi contrarium (A. 865) und in der a. contraria gegenüber einer Anzahl honorarischer Delictsklagen sowohl aus Civilrechtsdelicten, wie aus Civilproceßdelicten (A. 866), sondern auch bei Klagen in Anwendung gebracht wurde, welche durchaus auf der Grundlage der aequitas geschaffen worden sind: in den fructus maiores der formula petitoria (§ 78 unter 6 a), in dem Strafzuschlage von 300 % der a. quod met. c. (§ 78 unter 6 b), wie in dem duplum der a. redhibitoria (A. 861) und depositi in turba etc. dati (A. 862). Ja selbst die arbitria honoraria wurden insofern von den Einwirkungen des rigor betroffen, als auf dieselben die Theorie von dem novatorischen Effecte der Lit. Cont. übertragen wurde (§ 114 a. E.).

Innerhalb des strictum ius selbst aber blieben während des gegenwärtigen Zeitraumes die in § 97 fg. dargelegten Verschiedenheiten zwischen den lites des XII Tafelrechtes und den condictiones noch ohne Ausgleichung: dieselben ergeben auch jetzt noch zwei

verschiedene Gebiete des rigor, welche im Einzelnen wesentlich abweichenden Gesetzen unterfallen.

Hinwiederum auf Seiten der aequitas bleiben die arbitria legitima in ihren überlieferten Eigenthümlichkeiten nicht allein in Bestand, sondern erfahren auch eine numerische Vermehrung in der neuconstituirten a. communi dividundo. Und hierzu tritt dann nun als ganz eigenartiges Gebild die a. ex emto. vend., an welche dann weiterhin die ganze Gruppe der arbitria honoraria sich anschloß: theils als Originärbildungen: a. ex locato cond., pro socio, mandati, neg. gest. und pigneraticia, theils in gewissen arbitria legitima, bei denen neben dem Ligisactionenprocesse auch der Formularproceß zugelassen und die Klagformel der bon. fid. a. übertragen worden war: tutelae, fiduciae und resp. fin. regund. Und sodann ist es auch die formula petitoria, welche in dem dinglichen Rechte ein neues Gebiet der aequitas unterstellt, obwohl solches wiederum nur auf Grund der Rechtstheorie, nicht aber auf Grund eines auf das aequum et bonum oder die bona fides concipirten Formeltheiles. Jedoch gehört diese letztere Klage erst dem Ausgange des gegenwärtigen Zeitraumes an und bleibt, da ihre Durchbildung in die nächste Periode fällt, am Geeignetsten der Darstellung von § 130 vorbehalten.

Neben diesen Aequitäts-Klagen stehen jedoch noch zwei weitere Gruppen von Klagen, rücksichtlich deren durchaus andere und ganz eigenthümliche Verhältnisse obwalten: zunächst nämlich die Klagen, welche ex professo berufen sind, den Satzungen der aequitas innerhalb des strictum ius Geltung zu verschaffen, und durch welche somit Rechtssätze des aequum gleich als Correctiv des rigor zur Anwendung vermittelt werden, während wiederum bei den bon. fid. negotia die Durchführung jener Sätze als eine integrirende Nebenfunction den arbitria honoraria und resp. legitima mit übertragen ist. Und jene Rechtsmittel sind die a. de dolo, quod met. c. und de eo quod certo loco sammt exc. doli und quod met. c., Klagen, die insgesammt zwar civilrechtlich Aequitäts-Klagen sind: berufen, die bezüglichen Postulate der aequitas durchzuführen, die aber processualisch solchen Character nicht an sich tragen: weder auf aequum et bonum, noch auf bona fides sich concipiren.

Sodann gelangten aber auch gewisse Postulate der aequitas zur Anerkennung, welche, ebenfalls für das strictum ius mit Geltung

bekleidet, dagegen innerhalb des aequum nicht der bon. fid. a. zur Durchführung überwiesen, mit speciellen Klagen bewehrt sind, die selbst somit ganz gleichmäßig in jene, wie in diese Sphäre einzugreifen berufen sind. Und aus diesem Verfahren, für welches die Publiciana rescissoria einen durchaus maaßgebenden Vorgang darbot, gingen hervor, die a. de in rem verso, die cond. non debiti und ex iniusta causa, wie auch die cond. ex lege repetundarum, insgesammt Klagen, welche, gleich der ersteren Gruppe, die Postulate der aequitas verwirklichen, ohne processualisch auf aequum et bonum oder bona fides fundirt zu sein.

Endlich steht neben diesen Gruppen noch die a. ex stipulatu, als Zwitterbildung zwischen rigor und aequitas, welche im gegenwärtigen Zeitraume eine erhöhte Bedeutung dadurch gewinnt, daß dieselbe nunmehr aus jeder Stipulation mit doli clausula gegeben, während zugleich wieder jede Stipulation als fähig zur Aufnahme solcher Clausel erkannt wird.

Im Uebrigen tragen in processualischer Beziehung alle jene Aequitätsklagen einen zwiefältigen Character an sich: einerseits sind dieselben processualisch selbstständige Formationen: theils in ius conceptae und entweder mit besonderer Aequitätsclausel versehen, wie die bon. fid. a., oder aber ohne solchen Formeltheil, wie namentlich die cond. ob caus. und die formula petitoria, denen jedoch durch die Rechtstheorie die betreffenden Satzungen der aequitas untergelegt werden, theils in factum conceptae, deren als intentio fungirende demonstratio auf den der aequitas widerstreitenden Thatbestand concipirt ist: a. de dolo und quod met. c.; und andrerseits wiederum sind dieselben selbstständige actiones nur im civilrechtlichen Sinne, nicht aber auch vom processualischen Gesichtspunkte, indem hiernach dieselben vielmehr lediglich technische Modificationen gegebener actiones directae enthalten, welche, durch gewisse technische Zusätze zu gewissen Formeltheilen vermittelt, die erstere zur utilis umgestalten: und dies sind nach dem Vorgange der Publiciana rescissoria die a. de in rem verso und de eo quod certo loco.

Von allen jenen Rechtsgebilden aber nehmen die hervorragendste Stellung ein die originären bon. fid. negotia. Denn indem dieselben Aufnahme in das Recht fanden, so liegt das Moment der historischen Bedeutung dieses Vorganges weniger darin, daß da-

mit neue Rechtsinstitute geschaffen wurden, die eine eigene juristische Regelung erheischten und damit den gegebenen Fonds von Rechtssätzen vermehrten, als vielmehr darin, daß in jenen bon. fid. negotia Verhältnisse von durchaus eigenartiger Wesenheit in das Recht eingeführt wurden: unsolenne Verträge, deren Kriterien durchaus nur den darin ausgeprägten volkswirthschaftlichen Proportionen entlehnt sind, insbesondere aber auch wesentlich zweiseitige Verträge, welche bisher dem römischen Rechte noch durchaus fremd waren. Denn in Folge dieser Thatsache ward nun eine Mehrzahl ganz neuer theoretischer Gesichtspunkte in das römische Recht hineingetragen und damit ebenso eine Fülle origineller und fruchtbarer Ideen im Rechte wach gerufen, wie überhaupt der gesammte Horizont der juristischen Anschauung und Reflexion unendlich erweitert (Thl. II § 86 fg.). Und so nun beschah es, daß zunächst ganz neue Thatbestände mit juristischer Relevanz bekleidet werden: die mora solvendi und accipiendi, die reticentia und die Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae, woneben dann unabhängig von der bon. fid. a. die Bereicherung durch Rechtsgeschäft mit vitiöser secundärer causa, die Bereicherung des Gewalthabers durch das an sich unverbindliche Rechtsgeschäft des Gewaltuntergebenen, wie die Bereicherung des Unbetheiligten durch Delict des Dritten zur juristischen Geltung gelangen. Und im Gefolge dieser neuen Rechtsordnungen gewinnen sodann theils gewisse Lehrbegriffe eine ganz neue Wichtigkeit und dementsprechend eine besondere wissenschaftliche Cultur, so einerseits der Begriff der mora, und andererseits die subjective Verschuldung nach dem Maaßstabe des Abstracten bemessen, sowie in ihren Arterscheinungen als Dolus und Culpa und wiederum in ihrem Gegensatze zum Zufalle (§ 112), wie anderntheils auch wieder ganz neue öconomische Auffassungen zur Geltung gelangen, denen gemäß der concrete Maaßstab für Bemessung des Schadenersatzes als der normale anerkannt und an Stelle des abstracten Maaßstabes tritt, nicht minder aber auch die utilitas in dem id quod interest als Maaßstab für Bemessung des Schadens selbst neben das pretium rei gestellt wird (§ 124). Im Uebrigen aber entlehnen die arbitria honoraria von den legitima die Eigenthümlichkeit, — welche zugleich in civilrechtlicher Beziehung deren wesentlichen Unterschied von den condictiones begründet, — daß sie mit ihrer Hauptfunction auch noch die drei-

fache Nebenfunction verbinden: als Schädenklagen, als Bereicherungsklagen und als Organe der beiderseitigen Parteiinteressen zu dienen (§ 112 fg.), während die condictiones ausschließlich ihre Hauptfunction sei es als Contracts- oder Quasicontracts- oder auch als Delictsklagen versehen.

Mit jenen historischen Entwickelungen aber gehen Hand in Hand die bedeutungsvollsten Umwandlungen der aequitas selbst. Denn nicht allein wird derselben gegen Ausgang dieses Zeitraumes eine durchaus excentrische Erweiterung ihrer Sphäre zu Theil, indem ihr von der Theorie die voluntatis ratio als zubehöriges Gebiet überwiesen wird, sondern es erfährt auch dieselbe in der Auffassung Seitens des Volkes eine entsprechende Verallgemeinerung ihrer Wesenheit: aus der öconomischen Billigkeit in Berücksichtigung der gegnerischen Interessen wird dieselbe von der Volksanschauung umgewandelt zur Billigkeit im Allgemeinen: zu dem den boni mores überhaupt Entsprechenden[1326]). Dieser Proceß selbst aber ward vorbereitet dadurch, daß man bereits zu Beginn dieses Zeitraumes die fides, als die der voluntatis ratio entsprechende Eigenschaft des Individuum (§ 36), neben der aequitas zum subjectiven Correlate des Gesetzes der aequitas erhob, und so nun neben die der Letzteren von Alters her zukommende Function, die Verkehrsverhältnisse nach ihrem öconomischen Gehalte zu ordnen, die neue Function stellte, jene nämlichen Verhältnisse auch nach Existenz oder Verbindlichkeit zu regeln: es verbindet sich mit dem in der aequitas altüberlieferten öconomischen Gesetze (§ 100) nunmehr auch das Gesetz von Treu und Glauben oder der fides.

So nun erhebt sich die fides zu dem den boni mores oder der aequitas in jener verallgemeinerten Wesenheit entsprechenden Ver-

---

1326) S. 268. So vertritt bei Plaut. aequum in der überreichen Verwendung des Wortes das mit der röm. Volksanschauung, wie Nationalsitte: mit den boni mores Uebereinstimmende, sei solches Rechtssatzung, sei es Postulat der bürgerlichen Sitte, sei es daß Rechtsverhältnisse, sei es daß rein sociale Lebensverhältnisse in Frage stehen; so z. B. in letzterer Beziehung Pseud. I, 3, 35: deos — maxume aecumst metuere; 5, 38: erum saluto primum, ut aeqomst; in ersterer Beziehung Poen. I, 1, 13. III, 5, 50. 6, 5. V, 2, 121., wo der Erbgang vom Vater auf den Sohn als aequum bezeichnet wird; Trin. II, 4, 187: s. Thl. I § 7. Und so nun auch bei Cic.: A. 397.

halten des Individuum[1327]), in solcher Stellung zugleich zur fides bona sich präcisirend d. i. zu dem der römischen Volksanschauung entsprechenden Verhalten in geschäftlichen Dingen[1328]). Und zwar erklärt sich solche Hervorhebung des nationalen Colorites vom Gesetze der fides historisch aus dem Eindringen peregriner Bevölkerungselemente in Rom seit dem 6. Jahrhundert d. St. (Thl. II § 74 fg.): denn indem man in Folge dessen die von der eigenen Nationalanschauung in Dingen der fides abweichenden Auffassungen und Verkehrsgewohnheiten jener Peregrinen kennen lernte; indem man erkannte, wie z. B. die punica oder graeca fides (A. 335 fg.) in ihren Verkehrsprincipien sachlich doch äußerst verschieden war von der romana fides; so führte nun solcher erkannte und lebhaft empfundene Gegensatz zur Prädicirung der durch die

---

1327) Fides in seiner ursprünglichen Bedeutung von Treu und Glauben steht in der a. tutelae, wie fiduciae: Beil. XX § III und so nun in Beil. XVIII § III, so z. B. bei Plin. H. N. II, 63, 155: bona fide creditum faenus reddidit; Ulp. 6. 30 ad Ed. (D. III, 2, 6. § 5. XVI, 3, 1. § 4. fr. 5. pr.); Sev. und Car. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 9); vgl. A. 411. Dann in der obigen verallgemeinerten Beziehung A. 397 und bei Cic. Top. 10, 42. de N. D. III, 30, 74. p. Rosc. Com. 6, 16. Cels. 11 Dig. (D. XVI, 3, 32).

1328) A. 1240. Vgl. A. 398 und Beil. VII § 6—13; insbesondere: Plaut. Aul. IV, 10, 42. Capt. IV, 2, 112 Most. III, 1, 140. Pseud. IV, 6, 33. Cat. RR. 14, 3. Qu. Muc. bei Cic. de Off. III, 17, 71. Cic. Top. 17, 66. Boëth. in Top. p. 378. Jav. 11 Ep. (D. XIX, 2, 21); Gai. 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5. pr.); Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.); Paul. 22 ad Ed. (D. XIX, 2, 45. § 1); Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31) u. a. m., vornämlich aber in der intentio der a. ex stipulatu und der bon. fid. a., wie im asiatischen Edicte des Qu. Mucius Scaevola v. 665: Thl. II A. 501. — Den technischen Gegensatz zur fides oder bona fides bildet nicht etwa die perfidia, sondern wie bereits Klotz, Cic. sämmtl. Reden I, 467 fg. erkannt und genügend bewiesen hat, die malitia, so vor Allem P. Cornel. Scipio contra Ti. Claudium Asellum v. 614 bei Gell. VI, 11, 9; dann Plaut. Aul. II, 2, 38. Epid. IV, 1, 19. Amph. I, 1, 113. Auct. ad Her. III, 6, 11. Cic. de Jnv. II, 36, 108 fg. de N. D. III, 30, 74 fg. Tusc. IV, 15, 34. de Off. III, 15, 61. p. Quinct. 18, 56. p. Qu. Rosc. 16, 46. p. Cluent. 26, 70. p. Rosc. Am. 38, 111 u. ö. Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 13); Jul. das. (D. cit. § 26); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. pr.); Paul. not. ad Jul. 4 Dig. (D. IV 2, 11). Gleichbedeutend setzt Cic. de N. D. cit. mala fides. Schon damit fällt die von Ubbelohde, ben. Realcontr. § 22. 25 vermuthete a. de perfidia, deren Existenz überdem durch das Stillschweigen von Cic. de Off. III, 15 fg. mit vollster Bestimmtheit widerlegt wird.

römische Sitte gebotenen fides als bona d. i. romana [1329]). Jene Verallgemeinerung selbst aber dieser fides bona zum Correlate der aequitas vollzieht sich auf Grundlage der von der a. ex stipulatu für die a. ex emto vend. entlehnten intentio auf dare facere oportere ex fide bona: denn indem für letztere Klage von Vorn herein kein anderes, deren pecuniären Gehalt regelndes Gesetz gegeben war, als solches in der römischen aequitas in ihrer in § 100 dargelegten Wesenheit sich bot, so ward nun in Folge dieses Sachverhaltes die Rechtstheorie fast ganz von selbst zu dem Satze hingeleitet, daß die fides bona nicht allein die Verbindlichkeit des Geschäftes, sondern auch den öconomischen Gehalt der dadurch gegebenen Rechte und Pflichten bestimme, dementsprechend daher die fides subjectives Correlat nicht allein des Gesetzes der fides, sondern auch des Gesetzes der aequitas, somit der boni mores im Allgemeinen sei, insoweit überhaupt die letzteren einen Regulator des geschäftlichen Verkehres ergaben (§ 109).

Indem daher auf Grund Alles dessen die arbitria honoraria alle diejenigen Beziehungen des Rechtsverhältnisses zur Geltendmachung in sich aufnehmen, welche sich als positive oder negative Bestandtheile, Voraussetzungen oder Consequenzen der fides bona ergeben, so gewinnen nun damit jene Klagen eine Dehnbarkeit und Vielseitigkeit, welche nicht nur mit der Einfachheit und Einheitlichkeit der Aufgabe der iudicia auf das Stärkste contrastirt, sondern auch noch bedeutend über das Maaß der Verwendbarkeit der arbitria legitima hinausgreift.

Und dementsprechend hat denn auch jener Sachverhalt wiederum Veranlassung gegeben zu einer ebenso vielseitigen und eindringenden, historisch so überaus bedeutsamen theoretischen, wie forensischen Durcharbeitung und Detaillirung der besonderen Postulate der fides bona oder aequitas. Denn indem solche zum Regulator der a. ex emto vend. und weiterhin der gesammten bon. fid. negotia

1329) Hieraus, sowie aus der Inserirung solcher bona fides in die Formel der a. ex emto vendito ergiebt sich zugleich, wie vollständig fern dieser Zeit die Idee lag, in dem ius gentium ein ius quod apud omnes gentes peraeque custoditur anzuerkennen: als maaßgebende Norm des ius gentium galt vielmehr jener Zeit die röm. Volkssitte und aus dieser ward vollbewußt und planmäßig das erstere geschöpft und substantiirt.

erhoben wird und damit nun die Herrschaft über den Geschäftsverkehr des ius gentium übernimmt; indem sodann der Peregrine bezüglich der solcher Norm inliegenden Postulate unmöglich, wie der civis bei den arbitria legitima, einfach auf die römische Nationalanschauung verwiesen werden konnte, der er doch fremd und unbekannt gegenüberstand; so trat damit die Nothwendigkeit hervor, die Postulate der aequitas in exacteren Sätzen festzustellen und zu präcisiren, dementsprechend nun auch dieselben durch die Rechtswissenschaft detaillirt, wie codificirt wurden und somit aufhörten, ausschließlich nur in unmittelbarem Volksbewußtsein zu beruhen (§ 112 fg).

Und damit hörte zugleich die aequitas auf, eine lediglich neben dem Rechte selbstständig stehende und abgesonderte Potenz zu sein, indem vielmehr dieselbe in das letztere selbst hineintrat, hier ein bonum ius (A. 1245) neben dem merum oder summum ius[1330]) begründend.

Was sodann das Princip der arbiträren richterlichen Cognition anbetrifft, so hatte dasselbe in dem vorigen Zeitraume in der Modalität seine Ausprägung gefunden, daß der rigor den Richter auf ein präjudiziales Urtheil beschränkte, die aequitas dagegen demselben eine meritorische Entscheidung aufgab, demgemäß auf Seiten des rigor die lites der leg. a. sacram., wie die condictiones der leges Silia und Calpurnia standen, da hier der Richter auf einen präjudizialen Entscheid über das Recht- oder Unrechthaben bei sacramentum oder sponsio angewiesen war, während der aequitas theils die iurgia der leg. a. per iud. post. angehörten, insofern hier das Richterurtheil rein meritorisch war, theils aber auch die triticaria cond. der lex Calpurnia, insofern hier nach dem präjudizialen Urtheile der Richter auf Erfordern noch ein zweites meritorisches Erkenntniß: das iudicium secutorium abgab. In dem gegenwärtigen Zeitraume nun blieben jene Ordnungen bezüglich der Klagen der leg. a. sacram., wie per iud. post. in unverändertem Bestande, wogegen ganz neue Verhältnisse und Ord-

1330) Jus merum bei Plaut. Rud. IV, 4, 94 im Gegensatze zum ius bonum (v. 108); vgl. im Uebrigen, sowie wegen summum ius A. 1488. Dahingegen aequum ius bezeichnet nur das par ius: das für Alle oder für die Parteien gleiche Recht, somit das ἴσον des Aristoteles: Thl. I A. 538.

nungen in dem Sponsionsprocesse der lex Aebutia, wie in der unmittelbaren formula des ius gentium zur Ausprägung gelangten.

Und zwar, was zunächst den Proceß per sponsionem mere praeiudicialem anbetrifft, so trat dieser rein und ungemischt auf Seiten des rigor: das Richterurtheil lautet hier, sei es zu Gunsten des Klägers, sei es des Beklagten einfach auf die summa sponsionis d. i. den numus unus (A. 1206), so daß hier jedwede meritorische Entscheidung des Richters entfiel (vgl. § 106).

Was dagegen den Proceß per sponsionem poenalem, somit, theils der certi cond., theils der a. de pecunia constituta auf anderes Object als baar Geld, theils endlich der Interdicte betrifft, so deutet auch hierfür Gai. IV, 93 implicite die Richtung des Urtheiles auf die Sponsionssumme: die tertia oder resp. dimidia pars an, die überdem aber auch dadurch mit Nothwendigkeit bedingt ist, daß solche Summe ebenso solvabel, wie exequirbar ist. Und mit solcher Entscheidung ist der Inhalt des Richterurtheiles erschöpft ebenso beim Interdict, wie bei allen Fällen der Verurtheilung des Klägers, wogegen im Falle der Verurtheilung des Beklagten in der certi condictio mit der Entscheidung über die Sponsionssumme eine Verurtheilung in das Hauptdebitum selbst sich verbindet, demgemäß daher hier die Entscheidung über den Präjudizial- und über den Cardinal-Punkt einheitlich und gewiß zur Totalsumme zusammengefaßt werden[1331]).

1331) Demnach lautete die zu Gunsten des Klägers ertheilte formula: si parret Num. Negidium Aul. Agerio sh. CD nummos dare oportere, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio sh. MDC nummos condemnato. Nach Huschke in Richter und Schneider, krit. Jahrb. 1840. Jahrg. IV, 487 fg., welchem Schirmer, Präjudizialstipul. 16 u. Keller, Civ. Pr. § 29 beitreten, soll eine eigene Klagé aus der sponsio poenalis auf die tertia pars und eine zweite Klage oder ein iudicium secutorium aus der Hauptforderung auf die betreffende certa pecunia Platz gegriffen haben. Dieses iudicium secutorium (keinesfalls aber eine zweite Klage) griff allerdings Platz beim Interdict und bei a. de pec. const. auf anderes Object als baar Geld, aber gewiß nicht bei certi cond., wo solche Belästigung des Klägers doch weder einen sachlichen Rechtfertigungsgrund gehabt, noch den herrschenden Zeitanschauungen entsprochen haben würde. Dagegen die dem Beklagten ertheilte formula lautete obigen Falles nur auf sh. CD nummos in der intentio, wie condemnatio.

Hinwiederum bei der unmittelbaren formula des Formularprocesses geht die präjudiciale Haltung des Urtheiles vollständig, wie durchgehends verloren, so daß alle diese Klagen: cond. triticaria mit Einschluß der incerti, bon. fid. a., formula petitoria und a. in factum concepta ausnahmelos dem Principe der arbiträren richterlichen Cognition unterfallen: es greift hier durchgehends ein meritorisches Urtheil Platz.

Unabhängig von diesem von Alters her im Rechte ausgeprägten Gegensatze des rigor und der aequitas trat indeß in dem gegenwärtigen Zeitraume solcher Contrast der Principien der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition auch noch in einer ganz neuen Modalität in dem Rechte zu Tage: einerseits in der certi und andrerseits in der incerti condemnatio. Denn indem dort der Richter unter Androhung des litem suam facere durch die formula angewiesen wird, die auszusprechende Condemnation des Beklagten ausschließlich, wie genauestens auf die in der jurisdictionellen condemnatio ziffermäßig fixirte Summe zu richten (Gai. IV, 52), so prägte darin das Princip der gebundenen richterlichen Cognition, wenn auch in anderer Form, als bei der leg. a., so doch mit gleicher Bestimmtheit und Präcision sich aus, während wiederum das Princip der arbiträren Cognition bei der incerti condemnatio zu deutlichst ausgeprägter Geltung gelangt, indem hier dem Richter obliegt, das in der formula concipirte incertum in certa pecunia umzusetzen und dabei demselben, abgesehen von einer taxatio, keinerlei Beschränkung in der formula auferlegt ist (§ 66). Und dieser Gegensatz nun ward in der That von der Wissenschaft des gegenwärtigen Zeitraumes in der angegebenen Richtung in das Auge gefaßt, wie dies mit Bestimmtheit sich bekundet durch Cic. p. Rosc. com. 4, 10. 11 und durch Sen. de Ben. III, 7, 5. de Clem. II, 7, 3., und zugleich als Eintheilungsgrund der Klagen benutzt von lites und iudicia i. w. S., und von iudicia i. e. S. und arbitria, wobei den lites die Klagen der leg. a. sacram., den iudicia i. e. S. die certi condictiones, endlich den arbitria die legitima, wie die honoraria arbitria unterfallen (Beil. XX § II).

Diese Classification leidet jedoch an dem Fehler, daß sie nicht allein die actiones in factum conc. nicht mit umfaßt, während wiederum die Einordnung der lites der Anforderung auf Eben=

mäßigkeit nicht genügend entspricht, sondern daß sie auch einem Zweifel Raum gab bezüglich der Stellung, welche in ihr der triticaria und incerti cond. anzuweisen sei. Denn während solche nach Maaßgabe des fundamentum dividendi den arbitria zu- behörten, da ja bei ihnen in der That das Richterurtheil „pecuniae incertae est" und der Richter „et detrahere aliquid potest et adicere," und während daher auf Grund dessen von gewisser Seite dieselben consequenter Weise den arbitria untergeordnet wurden, so nahm man wiederum von anderer Seite an solcher Subordination Anstoß, weil doch diese Klagen wieder in anderer Beziehung so grundverschiedenen Wesens von den arbitria, viel- mehr Unterarten der condictio im Allgemeinen und insofern wieder weit näher verwandt mit der certi cond. waren, und weil insofern denselben nicht ein „mite, moderatum," sondern ein „directum, asperum, simplex" inliegt und dem Richter nicht freisteht „sententiam suam non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia inpulit regere." Und dieser dogmengeschichtliche Zwiespalt nun ist es, welcher bezeugt wird von Cic. p. Mur. 12, 27: illud mihi quidem mirum videri solet tot homines — etiam nunc statuere non potuisse, utrum — iudicem an arbitrum — dici oporteret, indem hiernach eine Controverse bestand, ob gewisse Klagen in der obigen Eintheilung in die Classe der iudicia oder der arbitria einzuordnen seien, solcher Zweifel aber lediglich die cond. triticaria und incerti betroffen haben kann.

Allerdings nun ließ sich bei scharfer und exacter Präcisirung des fundamentum dividendi jener Zweifel leicht beseitigen: denn da jene Condictionen in der That incerti condemnatio haben, so stehen dieselben ganz zweifellos nicht auf Seiten der iudicia, sondern weit eher der arbitria; und da wiederum jene Condictionen von den arbitria darin ganz wesentlich sich unterscheiden, daß bei jenen der arbiter nicht bloß das Hauptobject der Klage, sondern auch die Nebenprästationen an Schadenersatz, Bereicherung, wie Gegenanspruch zu ästimiren hat und so nun durch Addition oder Subtraction auch die Würderungssumme des Hauptobjectes ver- ändern darf, während bei jenen Condictionen der Richter einzig und allein auf die Aestimation des Hauptobjectes angewiesen ist, so sind nun auch wieder diese Condictionen nicht wahre arbitria,

sondern ergeben ein drittes Glied in der Eintheilungsreihe von iudicia und arbitria. Allein indem für dieses Glied eine den beiden anderen conforme technische Bezeichnung fehlte, so unterließ man diese logisch nothwendige Vervollständigung der Eintheilungs-Reihe, und entzog damit der ganzen Classification ihren doctrinellen Werth in Folge dessen daher auch die nächste Periode dieselbe zu Gunsten einer anderen Eintheilung wieder fallen ließ (§ 125).

§ 109.

Die bonae fidei actiones.

Die arbitria honoraria,[1332]) somit die bon. fid. actiones der nächsten Periode (Beil. XX § II) treten in das römische Recht hinein zuerst mit Klagbarmachung der emtio vend. als Contract im Jahre 525—550 (Beil. XXI § XV). Und zwar ward auf dieselbe die intentio und condemnatio der a. ex stipulatu übertragen auf: Quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere ex fide bona, eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, si non parret absolvito (§ 107 und A. 775), eine Klagformel, welche, indem sie in erster Linie den Richter anweist, die Verbindlichkeiten des Beklagten nach der fides bona abzumessen, damit in zweiter Linie diese fides bona für den Beklagten selbst als das juristisch maaßgebende Normativ seiner Pflichten erklärt, somit aber die Tragweite hat, solche fides bona mit dem Werthe und der Geltung eines Rechtsgesetzes zu bekleiden.

Sodann ward um das Jahr 550 die a. ex locato conducto operis oder operarum geschaffen, sowie in der ersten Hälfte des 7. Jahrhunderts die a. ex locato cond. rei aus der a. ex empto vend. von der Theorie ausgeschieden (Beil. XXI § XXII).

1332) So wenig diese Prädicirung honorarium demjenigen Sinne entspricht, den die folgende Periode technisch damit verbindet, insofern diese auf die Provenienz des maaßgebenden Rechtssatzes, nicht aber der Proceßformel solche Prädicirung der bezüglichen Klage stützt, so wird doch in jener älteren Bedeutung der Ausdruck auch noch anderweit verwendet, so z. B. bezüglich der exceptio: Keller Civ. Pr. A. 373.

Darauf wurden durch das vom Prätor C. Cassius Longinus im Jahre 627 proponirte Edict Pacta conventa die a. pro socio und mandati prätorischer Seits anerkannt und mit formula versehen (§ 117).

Und endlich wurden, worauf weiter unten zurückzukommen ist, noch die a. negot. gest., fiduciae, tutelae und resp. fin. regund., wie pigneraticia resp. neu geschaffen, wie insgesammt mit jener Formel der a. ex empto vend. ausgestattet.

Die bona fides jener formula nun ist an und für sich nur das subjective Correlat des von den boni mores getragenen Gesetzes der fides: Treu und Glauben nach dem Maaßstabe römischer National-Anschauung und -Sitte (A. 1240), und demnach an sich nur berufen, für gegebene Verpflichtungen in Bezug auf die Existenzfrage: für deren Begründung oder Wiederaufhebung eine Norm darzubieten. Allein indem in der obigen formula die fides bona auch dazu berufen wird, über den öconomischen Gehalt: über Inhalt und Umfang der Verpflichtung als Regulator zu dienen, so tritt nun insoweit die fides zugleich in jene anderweite Function ein, die von Alters der aequitas in ihrer ursprünglichen Bedeutung zukam,[1338]) und gestaltet sich damit in einer viel

1338) Vgl. § 100. Und so nun Cic. Top. 17, 66: in omnibus — iis iudiciis, in quibus „Ex fide bona" est additum —, parati esse debent (sc. JCti): illi — fidem bonam, illi aequum bonum tradiderunt; Afric. 9 Quaest. (D. XL, 4, 22): rationem argenti reddere iussus (sc. servus testamento), in quem modum intellegendus sit condicioni paruisse id est an, si quaedam vasa sine culpa eius perierint atque ita reliqua vasa heredi bona fide adsignaverit, perveniat ad libertatem? — sufficere, si ex aequo et bono rationem reddat; und dann A. 411, Gai. III, 137. 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5. pr.); Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31), Diocl. im C. Just. IV, 37, 3 u. a. m., insbesondere auch Afric. 2 Quaest. (D. XXVIII, 5, 46): mandati actionem — patri inutile fore, quia non fit ex bona fide id ei restitui etc. und Weiteres bei Birkmeyer, Exceptionen § 13. Aus solcher Extension der functionären Bedeutung und Beziehung der fides erklären sich auch gewisse scheinbare Widersprüche der Quellen; denn so verhält sich zur bona fides als Treu und Glauben die diligentia als coordinirte Pflichtensphäre: Paul. sent. rec. I, 4, 1; insoweit dagegen die bona fides in der obigen erweiterten Beziehung auftritt, umfaßt sie die diligentia als eine der mehreren ihr inliegenden Pflichtgebote unter sich: Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. pr. XVII, 2, 52. § 1. 2); vgl. Beil. VII A. 25. — Bona fides als

weiteren Beziehung zu solchem Correlate der boni mores. In beiderlei Beziehung aber ist es die bürgerliche Sitte und Volksanschauung, welche den Maaßstab von Recht, wie Pflicht des Interessenten ergiebt, so daß solche Norm ein ganz unmittelbar nationales Gepräge an sich trägt, in keiner Weise dagegen in unmittelbarer Abhängigkeit steht von speculativen Prämissen oder moralischen Postulaten. Und so daher erklärt sich, wie bei emtio vend. z. B. einerseits das in pretio se circumvenire gestattet (A. 736), die mora dagegen verpönt ist (§ 112).

Indem nun aber durch die obige formula die fides bona oder die boni mores oder die aequitas mit dem Werthe und der Geltung eines Rechtsgesetzes bekleidet werden, so fehlt gleichwohl ein überlieferter eigener Codex der bezüglichen Gesetze der boni mores, indem vielmehr die betreffenden Postulate lediglich im Wege mündlicher Tradition, wie practischer Uebung in Kenntniß sich erhielten. Und so nun erweist sich jenes Verfahren der Ertheilung einer derartigen Processformel als die unmittelbarste Anknüpfung an Verhältnisse und als die einfachste und naivste Weiterentwickelung von Zuständen, welche bis zu Einführung jener Formel im römischen Lebensverkehre historisch überliefert waren: indem in dem ersten Zeitabschnitte die emtio venditio als einfaches Lebensgeschäft einzig und allein der Sphäre der boni mores anheimfiel und in deren Gesetzen: der fides, wie aequitas sein Fundament und Normativ fand (§ 36 fg. 101. Beil. XXI A. 209), so behielt man nun, als gegen Mitte des 6. Jahrhunderts die emtio vend. aus jener Sphäre in das Rechtsgebiet übergeleitet ward, jenes alte Fundament der fides, wie aequitas einfach bei, dasselbe nur insofern umwandelnd, als man diese fides, wie aequitas ohne Weiteres zur Rechtspflicht erklärte, ohne im Uebrigen auf legislativem Wege, sei es durch lex oder durch Edict die maaßgebenden Normen jenes neu constituirten Contractes in Gestalt von Rechtssätzen zu verlautbaren: man bekleidete einfach die von den boni mores getragenen bezüglichen Postulate mit der Function von Rechtssatzungen, denselben Klagbarkeit zuerkennend. Gerade dieses

---

Regulator der bon. fid. negotia wird bekundet durch Plaut. Most. III, 1, 188 fg. Bacch. IV, 4, 100. Cic. Top. 10, 42. p. Quinct. 6, 16. p. Rosc. com. 6, 16. Alf. 4. Dig. epit. (D. XVIII, 1, 4. pr.).

Verfahren aber, so primitiv und naiv dasselbe ist, war einerseits durch den historischen Proceß an sich der Klagbarmachung der emtio vend. ohne Weiteres bedingt: denn indem die Volksanschauung der emt. vend. eine „opinio necessitatis" unterlegte und, deren Klagbarkeit erfordernd, dieselbe zum gewohnheitsrechtlichen Rechtsinstitute erhob, und indem sodann wiederum die Interpretatio, solche Auffassung vertretend, die geeignete Klagformel nachwies, während der Prätor dem entsprechend nun auch solche Formel dem Kläger wirklich ertheilte (§ 53. Beil. XXI § XXIII), so konnten nun für solchen neu constituirten Contract die bezüglichen Rechtsnormen in der That gar nicht auf anderem Wege gewonnen werden, als indem man die bisher dabei in Uebung gewesenen Verkehrsusancen der bürgerlichen Sitte gleich als Gewohnheitsrecht beibehielt und sanctionirte, während andrerseits wiederum die Thatsache, daß man solchen Weg überhaupt einschlagen konnte, beweist, in welch hohem Grade das Gesetz der boni mores zu Rom eine objective Gewißheit und Sicherheit und selbst für Detailfragen eine exacte Bestimmtheit in sich trug, so daß dasselbe ohne erheblicheres Bedenken und ohne ernstere Gefahr für die Sicherheit des Rechtsverkehres gewissermaßen en bloc mit dem Werthe eines Rechtsgesetzes bekleidet werden konnte (§ 101).

Immerhin aber beruht einerseits die functionäre Herrschaft des Gesetzes der fides bona über die betreffenden Rechtsverhältnisse, analog wie bei den arbitria legitima (§ 102), von Vorn herein nur auf der in der Klagformel ausgesprochenen besonderen Berufung hierfür, während andrerseits wiederum auch in solcher Function die Natur der fides bona als Correlat der boni mores noch insoweit in Geltung sich behauptete, als die später geschaffenen bon. fid. actiones pro socio, mandati, wie depositi famosae sind, somit also die Erfüllung der bezüglichen Obliegenheiten doch nicht einfach als Rechtsgebot, sondern zugleich auch als Sache einer ächten Ehrenpflicht angesehen ward.

Im Uebrigen aber ward bei jenem Processe der Klagbarmachung der emt. vend. die von der gegenwärtigen Periode bei doctrineller Schaffung neuer Klagen allgemein beobachtete Methode, durch interpretativen Anschluß an eine gegebene Klage ein legales Fundament für die neue Klage zu gewinnen, ebenfalls zur An-

wendung gebracht, indem man einestheils, wie obbemerkt, die a. ex emto vend. an die a. ex stipulatu anlehnte, da die arbitria legitima, weil Legisactions-Klagen, wie iuris civilis einen geeigneten Stützpunkt nicht boten, anderntheils aber auch die Contracte des ius gentium dogmatisch an das pactum legitimum der XII Tafeln anknüpfte (§ 114).

Jener Vorgang selbst der Constituirung der emtio vend. als Contract des ius gentium bildet nun den Ausgangspunkt einer schöpferischen Thätigkeit, in welcher das Recht im großen Ganzen nach ganz neuen Richtungen und Tendenzen, unter völlig abweichenden Ideen und Principien, zu durchaus fremden Gestaltungen und Satzungen sich entwickelte und namentlich das ius gentium selbst unter reichster, vielseitigster und tiefsinniger Cultur zu einer dem ius civile ebenbürtigen Potenz gestaltet wurde. Insbesondere aber auf dem Gebiete des Contractsrechtes gab jener Vorgang dem gegenwärtigen Zeitraume den Anstoß zu einer Rechtsproduction, die nach einer zwiefachen Richtung hin sich bewegte: theils die Zahl der bon. fid. negotia vergrößernd, theils die Rechtssätze selbst schärfer präcisirend, vermehrend und erweiternd, auf denen die mannichfachen Functionen der bon. fid. actiones beruhen.

Und zwar, was zuvörderst den ersteren Punkt anbetrifft, so ist es ein dreifältiger Weg, den hierbei die Rechtsbildung einschlägt. Denn indem zunächst der wesentliche Thatbestand der Contracte immer schärfer und bestimmter präcisirt und durch Zufügung neuer wesentlicher Merkmale enger und enger begränzt ward, so gelangte man auf solchem Wege der Determinirung nicht allein zu neuen Gränzbestimmungen zwischen den gegebenen Contracten,[1334]) sondern auch zur Ausscheidung neuer, selbstständiger Contracts-Individualitäten aus der Sphäre eines älteren Con-

1334) So Fragen wegen Auseinandersetzung von emt. vend. und loc. cond. rei bei Trebat. und Lab. in Jav. 5 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 79); vgl. Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 4); dann wieder Beil. XXI bei A. 202. Sodann Auseinandersetzung von loc. cond. operis und operarum, sowie beider gegenüber der loc. cond. rei: Beil. XXI § XXII. Nicht minder Auseinandersetzung von loc. cond. operarum, mandatum und Obligation auf entgeltliche Leistung von facta, quae locari non solent: Cic. de Off. I, 42, 150. Veteres bei Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 1. pr.); vgl. § 127.

tractes. Und auf solche Weise nun wurden aus der emtio vend. zunächst um 550 die loc. cond. operis oder operarum und in der ersten Hälfte des 7. Jahrhunderts die loc. cond. rei, wie in der nächstfolgenden Periode die permutatio und in der letzten Periode der contractus emphyteuticarius ausgeschieden.

Sodann wurden im Wege der Induction: der Rechtsanalogie neue bon. fid. negotia mit der bon. fid. a. versehen, wie solches im Jahre 627 mit der a. pro socio und mandati und 672—710 mit der a. neg. gest. beschah,[1335a]) wozu dann nach 710 noch die a. pigneraticia trat,[1335]) während wiederum das commodatum und depositum als bon. fid. negotia und Träger einer bon. fid. a. der gegenwärtigen Periode noch unbekannt, vielmehr erst noch als pacta praetoria und mit a. in factum concepta klagbar sind (A. 1497). Und zwar verfuhr die Rechtsbildung hierbei in der Weise, daß sie jene neuen Contracte oder Quasicontracte entsprechend den socialen Verkehrsfiguren individualisirte, wie solche, in dem nationalen Geschäftsleben zu Tage tretend, nach Maaßgabe der darin ausgeprägten Interessen-Proportionen von der Volksanschauung als Geschäftsindividualitäten begrifflich erfaßt und überliefert waren (§ 127).

Und endlich wurden neue bon. fid. negotia auf dem Wege geschaffen, daß auf gewisse alte arbitria die bon. fid. a. übertragen

---

1335a) Beil. XXI § XXIII. § 117. Insbesondere die a. neg. gest. geht aus von der gestio des Proceßprocurator, der zu Cicero's Zeit eine neue Institution ist: er ist, da die Bestellung unsolenn erfolgt, selbstverständlich jünger als der cognitor (vgl. A. 405): Buchholtz zu fr. Vat. p. 336. Keller, Civ. Pr. A. 635 fg., findet sich aber bereits bei Cic. p. Quint. 6, 27—7, 29. 19, 60—21, 68. p. Caec. 20, 57. ad. Att. XVI, 15, 2. Brut. 4, 17. An diesen procurator nun ward, wie in A. 478 dargelegt, zwischen 678 und 710 die a. neg. gest. angeknüpft: Cic. Top. 10, 42. 17, 66; vgl. Trebat. und Ofil. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 22. § 10). Dem Qu. Mucius ist dieselbe nach Cic. de Off. III, 17, 70 noch unbekannt (vgl. A. 1030). Insbesondere bei Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. III, 5, 11) ist an eine Sentenz des Qu. Mucius gar nicht zu denken: Pomp. trägt eben die gemeine Meinung der Theorie vor und gedenkt dabei einer von Procul. ausgesprochenen Beschränkung, auf das Genaueste so, wie z. B. Ulp. 10 ad Ed. (D. cit. 3. § 8. 9).

1335) Die a. pigneraticia ist als bon. fid. a. im J. 710 sicher noch nicht constituirt (A. 478); ihre früheste Erwähnung bietet Alf. 5 Dig. a Paul. ep. (A. 1381); im Uebrigen vgl. A. 1495, sowie Danz, R. G. § 152 unter b 4.

ward, so daß dieselben ebenso als arbitria legitima in Form der leg. a., wie auch als arbitria honoraria im Formularprocesse durchgeführt werden konnten, eine Thatsache, welche bezeugt ist für die a. fiduciae und tutelae,[1336] wozu noch die a. fin. reg. als Bagatellklage der lex Mamilia von 644 kommt,[1337] während, was die übrigen arbitria legitima betrifft, solche Umgestaltung bezüglich der rei uxoriae, familiae herciscundae, communi dividundo und fin. reg. als Ordinarklage erst in der folgenden Periode sich vollzog,[1338] dagegen bezüglich der litis aestimandae, legis Plaetoriae, aquae pluviae arcendae, sowie wegen damnum infectum (§ 102. 125) niemals eintrat.

Hieraus allenthalben aber erklärt sich zugleich, daß einestheils alle bon. fid. negotia mit der gleichen Klagformel in intentio und condemnatio bekleidet sind, vielmehr lediglich in der demonstratio deren specifische Unterschiede zum Ausdrucke gelangen, sowie daß anderntheils in dem gegenwärtigen Zeitraume anfänglich nur auf Consensualcontracte die bon. fid. a. übertragen wird, weil für die Realcontracte das zu solcher Uebertragung erforderliche tertium comparationis fehlte, demgemäß die pigneraticia erst zu Ausgang dieser Periode geschaffen, die commodati und depositi vorerst nur durch das honorarische Edict mit a. in factum concepta versehen und erst auf Grund dessen in der nächsten Periode auch mit bon. fid. a. ausgestattet werden (§ 126).

Was sodann die jene bon. fid. negotia regelnden Rechtssätze anbetrifft, so lag der scheinbar nahe liegende Ausweg, auf dieselben zugleich mit der intentio der a. ex stipulatu auch deren an die fides bona angeknüpfte Ordnungen zu übertragen, in

1336) Qu. Muc. bei Cic. de Off. III, 17, 70; Cic. de N. D. III, 30, 75. Top. 10, 42.

1337) Voigt in Ber. d. sächs. Ges. d. Wiss. Phil. hist. Cl. 1873. S. 83.

1338) Dies ergiebt bezüglich der a. fin. reg. Cic. de Leg. I, 21, 55 und ist zu entnehmen für die a. comm. aus Cic. p. Rosc. com. 4, 11. 12 und danach gewiß auch für die a. fam. herc. vgl. A. 1806. Eigenthümlich liegen die Verhältnisse bei der a. rei uxoriae: einerseits ist aus Cic. Top. 17, 66 doch zu entnehmen, daß dieselbe noch nicht bon. fid. a. war, und andererseits hat solche Klage sicher bereits jetzt dem ius gentium angehört: A. 1831. Thl. II, 658; daraus aber ist zu entnehmen, daß im edict. peregrinum dieselbe jetzt bereits als bon. fid. a. proponirt war. Gleiches könnte aber auch bezüglich der a. comm. div. der Fall gewesen sein.

Wahrheit doch sehr fern, da ja die Stipulation einen einseitigen Vertrag enthält, welcher, dem strictum ius angehörig und nur auf Grund der doli clausula in das aequum et bonum übergeleitet, nur innerhalb der Wirkungssphäre solcher Clausel der aequitas sich unterstellt. So daher fiel der Rechtsbildung die Aufgabe zu, auf anderem Wege für die emtio vend. und weiterhin für die übrigen bon. fid. negotia die ordnenden Rechtssätze zu schaffen, eine Aufgabe, deren Lösung um so unabweisbarer war, als einestheils mit dem Consensualcontracte des ius gentium das römische Recht zuerst wesentlich zweiseitige Contracte kennen lernte, indem das strictum ius nur wesentlich einseitige kannte, in den arbitria legitima aber lediglich unwesentlich zweiseitige Contracte sich vorfanden (A. 1269), und da anderntheils alle bon. fid. neg. die gleiche intentio, wie condemnatio hatten, so daß die Klagformel selbst durchaus keinen Anhalt für eine juristische Substantiirung der verschiedenen Geschäfts-Individualitäten darbot. Diese Rechtssatzungen selbst aber, wie Rechtsquellen sind in § 110 fg. eingehender in Betracht zu ziehen.

§ 110.

Fortsetzung.

Die Rechtsquellen der bon. fid. actiones.

Wie in Thl. II § 79 dargelegt, trat das ius gentium im Allgemeinen „in groben und allgemeinen Umrissen hervor aus dem Verkehre und Leben des Volkes, in den mores sich offenbarend und als consuetudo zum Rechte sich gestaltend; die prudentes ergriffen sodann formend und veredelnd, verbindend, scheidend und determinirend jene rohe Masse und wurden so das Organ, welches in den responsa und somit in einer überwiegend casuistischen Weise jenen Stoff verarbeitete und weiter ausbildete; die Prätoren aber liehen im Wesentlichen nur den durch mores und responsa bereits als Recht verlautbarten Postulaten ihre ausführende Hand." So daher vermittelt sich auch für die bon. fid. negotia im Besonderen die Rechtsbildung durch die mores,[1339])

1339) Boëth in Cic. Top. 378: in his igitur iudiciis, in quibus additur, ut „ex bona fide" iudicent, — — considerantur mores; vgl. Beil. XXI A. 209.

deren Postulate nun durch die Responsen der Rechtsgelehrten, wie durch die forensische Spruchpraxis bestimmter formulirt und fixirt werden,[1340]) wie endlich zu Ausgang dieser Periode in einzelnen Lehrbegriffen eine theoretische Behandlung Seitens der Wissenschaft erfahren, wogegen das prätorische Edict theils nur das Ueberlieferte bestätigend eingreift: in dem Edicte Pacta conventa quae nec vi nec dolo malo, theils aber auch in einzelnen Punkten in die Sphäre des Processes eingreift: in der Uebertragung des iusiurandum in litem auf die bon. fid. actiones (§ 114).

Der normative Stoff selbst aber, welcher so durch Gewohnheitsrecht und Recht der Wissenschaft zu Rechtssatzungen ausgeprägt ward, wurde nach Thl. II § 80 fg. entlehnt theils peregrinen, theils römischen Volksanschauungen und Lebensordnungen: bürgerlicher Sitte und Verkehrsusancen, wie Rechtsordnungen, woneben dann zu Ausgang dieser Periode auch noch die speculative Behandlung der Rechtswissenschaft eine eigene Bedeutung gewinnt, insofern sie durch ihre Ergebnisse, wie Methode auch jene Stoffmasse beeinflußt.

Was nun zunächst das peregrine Rechtselement anbetrifft, so ist, wie in Thl. II § 81 dargelegt, dessen Einfluß auf das ius gentium vornämlich ein indirecter: indem die Römer mit peregrinen Volksanschauungen und Rechtsordnungen bekannt wurden, so gab solches den Impuls zu Neubildungen im ius gentium, bei denen jenes peregrine Element zu römischem Rechte verarbeitet wurde. Und in dieser Modalität werden wir namentlich den hellenistischen Rechten einen nicht unbedeutenden Einfluß auf die jüngeren bon. fid. negotia beizumessen haben, so z. B. auf locatio conductio mit ihren beiden Unterarten als rei und als operis oder operarum.[1341]) Allein andererseits fehlt es auch nicht an Beispielen directer Reception von peregrinem Rechte, wohin namentlich die aus Großgriechenland entlehnte punische arrabo oder arrha, ingleichen die lex Rhodia de iactu mit ihren so

---

1340) So auch bezüglich der arbitria legitima Cic. de Off. III, 17, 70: qui sint „boni" et quid sit „bene agi" magna quaestio est. Das Nähere s. § 112.

1341) Beil. XXI § XXII; vgl. Meier und Schömann, attisch. Proc. 529 fg.

ungelenkt in die a. ex loc. conducto eingefügten Klagen, nicht minder aber auch die, wohl ebenfalls dieser lex entstammende a. oneris aversi gehören.[1342])

Dahingegen die römischen Verkehrsgewohnheiten und Volksanschauungen selbst ergeben das reichhaltigste und ergiebigste Element, aus welchem das ius gentium seinen Nahrungsstoff zog; denn „indem das ius gentium aus dem geschäftlichen Verkehre Roms in naturgemäßer Entfaltung erwuchs, so mußte der Stoff, aus welchem dasselbe seine normativen Dispositionen entnahm, mit Nothwendigkeit zunächst durch die Ideen und Anschauungen geboten sein, welche durch die Ueberzeugung von der Billigkeit der gestellten Postulate den Trägern jenes Verkehrs sich aufdrängten und als das aequum et bonum denselben vorschwebten. Daher nimmt das ius gentium von Born herein in unverfälschtem Kindschaftsverhältnisse seinen Ausgang von der römischen Nationalanschauung: es tritt als ächtes und eingeborenes Kind des Volksgeistes in das Leben, bestimmt in seinen Normen durch die Anforderungen und leitenden Ideen des Letzteren" (Thl. II § 80).

Ein Theil jener leitenden Volksanschauungen aber war zum Zeitpunkte der Ausbildung der bon. fid. negotia bereits durch rechtsverwährte Uebung und Spruchpraxis consolidirt, wie von der Rechtswissenschaft als gültige Rechtssatzung anerkannt und als iure civili receptum festgestellt: durch die Verkehrspraxis nämlich und die Rechtspflege in den arbitria legitima, wo durch langjährige Uebung und feste Tradition ein wohlfundirter Fonds an Satzungen und Maximen über den vom aequum et bonum gegebenen öconomischen Gehalt der betreffenden Rechtsverhältnisse, wie eine sichere Routine in der practischen Handhabung und Anwendung jener Normen im Lebensverkehre sich herausgebildet hatte und die so gewonnenen Ordnungen als etwas Durchgearbeitetes und Fertiges den neu geschaffenen bon. fid. negotia zugebracht und zur Verfügung gestellt wurden. Und nach solchem Vorgange war somit für die bon. fid. a. die Ver-

---

1342) Dies ist der receptus mos: Fest. p. 289: receptus mos est, quem sua sponte civitas alienum ad scivit. Wegen der arrha vgl. Schrader zu J. Just. p. 583. Rein, Pr. Rt. 350 A. 1; wegen der lex Rhodia: Thl. II A. 781.

wendung prädestinirt theils als Schädenklage wegen verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, wegen dolus malus und wegen vis, theils als Bereicherungsklage wegen des mittelst der res debita vom Schuldner gemachten Zwischengewinnes, theils endlich als Organ der beiderseitigen Partei-Interessen, berufen vornämlich, ipso iure dergleichen Gegenansprüche des Beklagten auf Schadenersatz oder Restitution der Bereicherung, nicht minder aber auch den Gegenanspruch wegen aufgewendeter impensae necessariae defensiv zur Geltung zu bringen (§ 102).

Und sodann ein anderer höchst wichtiger Bestandtheil an jüngeren Rechtsanschauungen fand in dem ädilicischen Edicte über den Marktverkauf von mancipia und iumenta seine Ausprägung und gelangte so nun zu einem mitbestimmenden Einflusse auf die Entwickelung der bon. fid. actiones. Und zwar bietet jenes Edict, welches in der Mitte des 6. Jahrhunderts proponirt ward[1343]) und somit nicht allein neben den Edicten über die exc. rei venditae et traditae und iusti dominii, wie über die publicianischen Klagen eines der ältesten Producte der honorarischen Rechtsschöpfung ist,

1343) Vgl. Beil. XXI A. 102. Auf dieses Edict weist hin Plaut. Capt. IV, 2, 43, wo, nachdem der eine Redner Drohungen wider gewisse Händler wegen deren gewinnsüchtigen Gebahrens ausgestoßen hat, der Andere entgegnet: edictiones aedilicias hic habet und damit vergleichungsweise auf das ädilicische Edict hinweist, durch welches das gewinnsüchtige Gebahren der Marktverkäufer von mancipia und iumenta bedroht wurde: vgl. Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 1. § 1); verbindet man nun damit Plaut. Men. IV, 2, 25 fg.: apud aediles pro eius (sc. clientis) factis — dixi causam etc., so ist hieraus allenthalben zu folgern, daß damals bereits das obige Edict proponirt war: Vissering, Quaest. Plaut. II, 36 fg. Und zwar ist aus der Thatsache, daß Plaut. Anspielungen gerade auf die neuesten historischen Vorgänge und insbesondere auf legislative Erlasse der jüngsten Zeit liebte, zu entnehmen, daß jenes Edict damals erst neuerdings proponirt war. Da nun die Captivi sicher nicht vor den letzten Jahren des zweiten pun. Krieges abgefaßt worden sind, so rechtfertigt sich daraus die obige Datirung. Im Uebrigen wird jenes Edict erwähnt von M. Porcius Cato Licinianus († 602) bei Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 10. § 1), Cic. de Off. III, 17, 71. 23, 91. Trebat. bei Ulp. cit. (D. cit. fr. 6. § 1. fr. 12. § 4. fr. 14. § 3) und bei Paul. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 2, 56. § 7), Ofil. bei Ulp. cit. (D. cit. fr. 8. pr. 10. pr. 17. pr. 38. § 7). Ueber das Edict selbst vgl. die in A. 1352 Citirten.

folgende für die Geschichte der bon. fid. negotia einflußreiche Bestimmungen:

A. der Verkäufer ist verpflichtet zur schriftlichen pronuntiatio von morbi und vitia, welche mittelst Täfelchen, den feilgebotenen mancipia und iumenta anzuhängend, zu bewerkstelligen ist[1344]), und zwar bei Vermeidung der a. redhibitoria oder quanti minoris[1345]). Daran knüpfte sodann das Edict theils die Clausel in Dig. XXI, 1, 1. § 1:

Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus, wozu vgl. Cic. de Off. III, 17, 71,

theils eine im edictum perpetuum wieder ausgeschiedene Clausel, wonach die Verpflichtung zur pronuntiatio bei servi hereditarii wegfiel.[1346])

B. Der Verkäufer ist verpflichtet, ebensowohl wegen Eviction dann, wenn der Kauf nicht in Form der Mancipation, sondern

---

1344) Wegen mancipia s. das Edict bei Gell. IV, 2, 1 und dazu das jüngere Edict in Dig. XXI, 1, 1. § 1. vgl. Beil. XXI. A. 102; dazu tritt Anzeige über das fugitivum noxave solutum non esse, wogegen die Clauseln Item si quod mancipium und Ne veterator in Dig. XXI, 1, 1. § 1. fr. 37 jüngere Zusätze sind, wie Cic. de Off. III, 17, 71 ergiebt. Wegen iumenta s. das jüngere Edict in Dig. XXI, 1, 38. pr. Iumentum steht noch im Sinne der XII Taf., so tab. I, 3. VII, 7. XII, 1: in der Bedeutung von Gespann, somit von Zugthiere; vgl. Gell. XX, 1, 28. 30. Paul. 21 ad Ed. (D. VIII, 3, 7. pr.). Die spätere Zeit dagegen schied iumentum: Lastthiere und armentum: Zugthiere, so z. B. Col. RR. VI praef. 3. Die Extension der obigen Rechtsordnung auf anderes „pecus" in Dig. XXI, 1, 38. § 5 ist additioneller Zusatz späterer Zeit. — Spätere Erweiterungen des Edictes sind dessen Extension: a. auf omne pecus; b. auf alle anderen Kaufobjecte: Lab. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 1. pr.); c. auf Verkäufe, die nicht im Marktverkehre abgeschlossen werden: Clermont, ad Ed. aed. 36 fg. Spätere Einschränkungen sind: a. die Pflicht zur pronuntiatio von morbi und vitia fällt hinweg, wenn solche augenscheinlich sind: Caecil. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 14. § 10); b. die morbi und vitia werden, insoweit relevant, definirt: Schilling, Inst. § 293 n. § 294 a—d; c. die scientia des Abkäufers hinsichtlich der morbi und vitia giebt dem Verkäufer exc. doli wider die ädilicischen Klagen wegen unterlassener pronuntiatio, ebenso wie wegen vertragswidriger Qualität: Pomp. 23 ad Ed. (D. XXI, 1, 48. § 4).

1345) Vgl. Edict in Dig. XXI, 1, 1. § 1. Gai. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 28); Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. cit. fr. 31. § 21).

1346) Cic. de. Off. III, 17, 71: heredum alia causa est, wozu vgl. A. 1041. Irrig ist die Beziehung bei Schilling, Inst. § 299 q.

der einfachen Tradition vollzogen ward, als auch wegen zugesagter Fehlerfreiheit bei Verkauf von mancipia stipulatio duplae [1347]), bei Verkauf von iumenta aber stipulatio simplae [1348]) zu leisten, und ward für den Unterlassungsfall mit a. redhibitoria oder quanti minoris bedroht.

C. Aus dem zu Gunsten des Abkäufers vereinbarten, resolutiv gestellten pactum displicentiae ertheilte das Edict a. redhibitoria [1349]).

D. Bei a. redhibitoria, einer nach dem Vorbilde der Publiciana rescissoria organisirten Restitutionsklage [1350]), wird im Falle des Kaufes über mancipia zunächst

a. bezüglich des Abkäufers und Klägers implicite die Verbindlichkeit vorausgesetzt, das Kaufsobject selbst zu restituiren [1351]), und daneben ausdrücklich durch das Edict in Dig. XXI, 1, 1. § 1 die Verbindlichkeit auferlegt:

1347) Varr. RR. II, 10, 5 wonach diese Rechtsordnung nur Platz greift: si mancipio non datur; Ulp. 32 ad Ed. (D. XXI, 2, 37. § 1. vgl. pr.), 42. 46 ad Sab. (D. cit. 31. 32. pr.); vgl. Degenkolb in Ztschr. f. R. G. 1870. IX, 43 fg.

1348) Vgl. Ulp. 32 ad Ed. (D. XXI, 2, 37. § 1). Diese stipulationes simplae bietet Varr. RR. II, 5, 11. 6, 3. 7, 6. 8, 3. vgl. auch 1, 15. 2, 6. 3, 5. 4, 5. 9, 7 und Beil. XXI A. 104 fg. Bei Schlachtvieh fiel nach A. 1344 solche Stipulation hinweg: S. 208.

1349) Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 31. § 22. 24), Diocl. im C. Just. IV, 58, 4. Nur dann, wenn eine Zeitfrist für die Displicenz nicht gesetzt war, gab man a. in factum: Ulp. cit. (D. cit. § 22—24), welche letztere allein mit Unrecht von Schilling, a. O. § 299. qq. 334 m. statuirt wird; vgl. Paul. 2 ad Ed. (D. XVIII, 5, 6) sowie A. 1538 fg. Ein Beispiel von solchem pactum bietet Plaut. Merc. II, 3, 83 fg.

1350) Die a. redhibitoria ist principaliter weder Schädenklage, wie die a. de dolo, quod met. caus., de alienatione iudic. mut. c. facta, noch Bereicherungsklage, sondern ächte restitutoria, gerichtet auf doppelseitige d. h. für beide Interessenten wirksame Redintegrirung des Status quo ante: Jul. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 23. § 7); Paul. 69 ad Ed. (D. cit. fr. 60). Daß sie nicht in dem Abschnitte der rest. in integr. eingeordnet ward, beruht darauf, daß sie nicht dem prätor. Edicte angehört.

1351) Bei casuellem Untergange des Objectes hat erst die spätere Jurisprudenz, so etwa Sabinus die redhibitoria zugelassen: Pomp. 23 ad Sab. (D. XXI, 1, 48. pr.); Ulp. 1. 2 ad Ed. aed. (D. cit. fr. 31. § 6. 11. 12. fr. 38. § 3); Paul. 11 ad Sab. (D. cit. fr. 47).

1. Si quid — post venditionem traditionemque [1352]) deterius emptoris opera familiaeve [1353]) eius factum erit, — — ut ea omnia restituat,
somit also wegen der verursachten Deterioration des Restitutionsobjectes dem Empfänger desselben Schadenersatz zu leisten [1354]), wobei bezüglich der schädigenden Thätigkeit nicht die bei der cond. triticaria relevante Kategorie der mechanischen Beschaffenheit als facere oder non facere (§ 98), sondern vielmehr der causalen Beschaffenheit: als opera oder Thäterschaft, somit im Gegensatze zu dem Zufalle adoptirt ist: [1355])

Pomp. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 21. § 3. fr. 23. pr. 31. § 9), 18 ad Sab. (D. cit. 46. 48. § 1); Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. cit. 23. pr. 25. pr. — § 8. fr. 31. § 11—13); Paul. 1 ad Ed. aed. (D. cit. 30. pr.), 11 ad Sab. (D. cit. 47. § 1); vgl. Ulp. 2 ad Ed. aed. (D. cit. 38. § 3).

2. Sive quid ex eo post venditionem natum, adquisitum fuerit et si quid aliud in venditione ei accesserit sive quid ex ea re fructus pervenerit [1356]) ad emptorem, ut ea omnia restituat,
worin wiederum die Restitutionsverbindlichkeit auferlegt wird einestheils bezüglich der accessio venditionis: „si quid aliud in

---

1352) Noodt, Comment. ad Dig. h. t. in Oper. II, 450 liest traditionemve. Diese Lesung ist theils widersinnig: denn weder bei venditio ohne traditio, noch bei tradit. ohne vendit. greift die redhibitoria Platz; b. unkritisch, weil den Handschriften widersprechend; c. quellenwidrig, da traditionemque von Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 25. pr.) bekundet wird. Nichts destoweniger wird von allen späteren Bearbeitern des Edictes jene schlechte Lesung Noodt's nachgeschrieben, so namentlich von Weyhe, libr. III Ed. p. 293. Glück, Pand. XX, 16. A. Vernede, de aed. Ed. Trai. ad Rh. 1834. p. 15. van Reenen in den Tex, fontes III iur. p. civ. p. 95. C. A. J. de Clermont, ad ed. Aed. Rotterd. 1841. p. 80. Rudorff, Ed. perpet. p. 259.

1353) Procuratoris hinter familiae halte ich für einen jüngeren Einschub.

1354) Solche Schadenersatz-Leistung wird sonach ausgedrückt durch deterius factum restituere.

1355) Der Gegensatz aber von Dolus und Culpa wird erst von den Späteren hierher gezogen: Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 25. § 5).

1356) Durch die Interpretatio der Republik wird dem pervenire ad emtorem gleichgestellt das culpa (Verschuldung) emtoris non pervenire: Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 23. § 9), wozu vgl. A. 884. Jene drei Clauseln paraphrasirt Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 2) durch accessiones et fructus emtor restituere cogitur.

venditione ei (sc. mancipio) accesserit" d. i. der mit dem Sclaven verkauften Nebensachen, wie z. B. Kleider oder Schmuck[1357]), anderntheils bezüglich gewisser Stücke der omnis causa, nämlich des partus ancillae: „sive quid ex eo (sc. mancipio) post venditionem natum fuerit", sowie des Erwerbes durch die Person des Sclaven: „sive quid ex eo (sc. mancipio) post venditionem adquisitum fuerit", so z. B. das dem Sclaven ausgesetzte Erbtheil oder Legat, Verdienst desselben, Miethpreis für denselben; wie endlich drittens bezüglich der sonstigen Bereicherung, welche dem Abkäufer aus dem Kaufe erwuchs: „sive quid ex ea re (sc. emtione mancipii) fructus pervenerit ad emptorem", so das quadruplum der a. vi bon. rapt. wegen des am Sclaven begangenen Raubes oder Schadenersatz, den der Abkäufer vom Verkäufer selbst wegen verschuldeter mora tradendi empfangen:

Gai. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 24); Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 2); Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 23. § 9. fr. 25. § 8. vgl. fr. 31. § 2—4); Paul. 1 ad Ed. aed. (D. cit. fr. 43. § 5); vgl. § 113.

b. Dagegen dem Verkäufer und Beklagten werden wiederum als Verbindlichkeiten auferlegt durch die Clauseln

1. in Dig. XXI, 1, 25. § 9: [si — —] quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit, non reddetur cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur, [— — in simplum, — — in duplum iudicium dabimus]

theils die Restitution des empfangenen Kaufpreises sammt Nebensachen (A. 1357):

Gai. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 45),[1358])

theils die Liberation des Abkäufers, wie seines Bürgen von einer etwaigen Obligation auf Zahlung des Kaufpreises:

Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 29. § 1); sowie

1357) Diese Interpretation wird gesichert durch die Worte des Edictes in Dig. XXI, 1, 25. § 9: Quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit, wie durch Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 23. § 1. fr. 31. § 19. fr. 33. pr. § 1) und Pomp. das.

1358) Dagegen die Prästation von usurae legales beruht auf Rechtssatz der späteren Theorie: Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 27. 29. § 2).

2. in Dig. XXI, 1, 1. § 1: Si quas accessiones ipse (sc. emptor) praestiterit, ut recipiat (sc. a venditore)
die Restitution der von dem Abkäufer auf das Redhibitions-Object aufgewendeten Impensen,[1359]) welche unter jenen „accessiones" zu verstehen sind:[1360])

Ped. und Arist. bei Paul. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 30. § 1); Ulp. 1 ad Ed. vend. (D. cit. fr. 23. § 1. fr. 27. 29. § 2. 3).

E. Endlich war diese a. redhibitoria als a. arbitraria organisirt, eine Structur, welche ebenso die Edictclausel unter D b 1, wie Gai. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 45) bekunden. Und indem diese Klage nach dem Vorbilde der a. auctoritatis (A. 861) dann auf Duplum sich richtet, wenn beim Verkaufe von mancipia die stipulatio duplae für Eviction und zugesagte Fehlerfreiheit rechtswidrig verweigert wird (unter B), dagegen in allen übrigen Fällen, wo sie durch Verkauf von mancipia oder iumenta begründet wird, schlechthin nur auf das Simplum geht[1361]), so concipirt sich nun solche a. in simplum nach der allgemeinen Structur der actiones arbitrariae, so daß die Nichtleistung des simplum einfach als negative Bedingung der condemnatio concipirt ist, wohingegen die a. in duplum eine durchaus singuläre Conception hat, indem dieselbe alternativ: auf Simplum für den Fall der Restitution der Prästanda, und auf Duplum für den Fall von deren Nichtrestitution förmelt,[1362]) demgemäß aber dahin sich concipirt:

1359) Die spätere Rechtswissenschaft subsumirt hierunter auch den vom Sclaven angerichteten Schaden: Sabin. bei Ulp. 39 ad Sab. (D. XLVII, 2, 17. § 2), Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 2), Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 23. § 8. fr. 29. § 3. fr. 31. pr.), Paul. 5 Resp. (D. cit. 58. pr. § 1).

1360) Schilling, Inst. § 299 a. mißt dieser Vorschrift die ganz unmögliche Beziehung auf die accessiones unter a 2 bei, wogegen vgl. Glück, a. O. 68 A. 75. Wegen accessio, als Gratification der Lohnarbeiter s. lex oleae legundae und faciundae bei Cat. RR. 144, 5. 145, 3.

1361) Paul. 5 ad Sab. (D. XXI, 2, 2): si dupla non promitteretur (i. e. in mancipii venditione: A. 1347) et eo nomine agetur, dupli condemnandus reus est. Es wird diese Verschiedenheit unter Anderen übersehen auch von Schilling, a. O. § 299 x.

1362) Gai. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 45): redhibitoria actio (sc. in duplum concepta) duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor; nam si neque pretium,

Quanti ea res erit, tantam pecuniam aut, nisi Num. Negidius Aul. Agerio, quanta pecunia pro eo homine soluta accesionisve nomine data erit, reddat eumve, qui eo nomine obligatus erit, liberet, tantae pecuniae duplum, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, si non parret, absolvito[1363]).

Und zwar hat diese Restitutionsclausel einen dreifältigen Effect: zunächst den practischen Effect, daß der Beklagte noch zwischen Lit. Cont. und Urtheil die Solution mit total oder resp. partiell liberatorischer Wirkung nachholen und damit die Condemnation resp. auf das Simplum oder Duplum abwenden kann; und sodann den theoretischen Effect, daß dementsprechend der Lit. Cont. die novatorische Bedeutung versagt und eine durchaus verändert theoretische Stellung angewiesen wird[1364]); endlich aber

---

neque accessionem solvat, neque eum, qui eo nomine obligatus erit, liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur, si vero reddat pretium et accessionem vel eum, qui eo nomine obligatus est, liberet, simpli videtur condemnari.

1363) So nach Maßgabe des Edictes unter D b 1, wie von Gai. in A. 1362 und Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 29. § 2), vgl. Paul. in A. 1361. Anders Rudorff, Ed. perp. § 262; allein Gai. cit. sagt nicht: simpli condemnatur, sondern: simpli videtur condemnari d. h. die Condemnation auf Simplum war nicht explicite, sondern implicite von der Leistung der Restitution abhängig gemacht. — Daß wegen der Impensen nicht eine eigene Clausel in die Restitutionsclausel eingefügt ward, so etwa: si quas accessiones Aul. Agerius praestiterit, vielmehr dieselben mit inbegriffen waren in der Clausel: quanta pecunia — accesionis — nomine data erit bezeugt Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 27): „Dari" — non id solum accipimus, quod numeratur venditori, ut puta pretium et usuras eius, sed et si quid emtionis causa erogatum est. Somit ist dieser Clausel ein Doppelsinn untergelegt: das accessionis nomine datum umfaßt ebenso den gezahlten Kaufpreis für die accessio oder Nebensache (A. 1357) wie die aufgewendeten accessiones oder Impensen (A. 1360).

1364) Vgl. § 139 unter A, sowie Keller, Civ. Pr. § 67, wo jedoch der Ausspruch historisch unrichtig ist: „an die formula petit. schloß sich aber die große Familie der arbitrariae actiones, in rem und in personam an"; vielmehr schloß sich solche Klagengruppe an die redhibitoria an, welche, abgesehen vom Interdictenprocesse, die erste und älteste a. arbitraria ist. Für die a. redhibitoria selbst aber bot sich ein entsprechendes Vorbild in der pronuntiatio de restituendo, welche in dem iudicium secutorium der a. ex cautione rei uxoriae auf Grund vertragsmäßiger Vereinbarung mit der richterlichen litis aestimatio sich verband: § 107.

auch, daß bei dem Duplum den Beklagten das Alterum Tantum als reine Strafe: als poena temeritatis trifft (§ 78 unter 2 A c).

Alle jene Vorschriften aber des ädilicischen Edictes sind von höchster Wichtigkeit ebenso als Zeugnisse für die in der Mitte des 6. Jahrhunderts herrschenden Volksanschauungen im Allgemeinen über die Pflichtgebote der aequitas, als auch im Besonderen für die Geschichte der bon. fid. actiones: denn nicht nur daß das Edict mit den für die bon. fid. a. maaßgebenden Ordnungen der arbitria legitima bezüglich der Haftung wegen verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, sowie wegen des von der res debita gemachten Zwischengewinnes übereinstimmt (unter D a), so bietet auch dasselbe ebensowohl das Vorbild für die Verwendung der bon. fid. a. auf Schadenersatz wegen reticentia und wegen verweigerter stipulatio duplae vel simplae (unter A. B), und nicht minder auf Restitution der vom Kläger aufgewendeten Impensen (unter D b 2), wie es anderntheils auch wiederum in den Dispositionen unter D a und b 2 einen Anhalt gewährte für Bestimmung des bei mora solvendi und accipiendi zu ersetzenden Vermögensschadens, sodann aber auch durch die Disposition über das pactum displicentiae unter C für die Geschichte der pacta adiecta von Wichtigkeit ist, Momente, auf welche in § 113 eines Weiteren zurückzukommen ist. Insbesondere aber in jener Vorschrift über die Leistung der stipulatio duplae vel simplae ist der leitende Grundgedanke des XII Tafelrechtes vollständig aufgegeben, daß mit dem dinglichen Vollzugs- oder Eigenthumsübertragungs-Geschäfte die Evictionshaftung ipso iure sich verbinde, vielmehr solche an den Veräußerungsvertrag selbst angeknüpft, eine Ordnung, welche von der späteren Rechtsentwickelung mehr und mehr verallgemeinert ward (A. 1376. 1549 fg.).

Und sodann gewinnt jene Structur der a. redhibitoria als arbitraria auch eine hohe rechtshistorische Bedeutung theils dadurch, daß nach ihrem Muster und Vorbilde die große Familie der arbitrariae actiones innerhalb des ordo iudiciorum organisirt wird, theils dadurch, daß von hier aus die in der zweiten Periode sich vollziehende Umwandelung in der Bedeutung und civilrechtlichen Stellung der Lit. Cont. ihren Ausgang nimmt (§ 139).

§ 111.

Fortsetzung.

Die Rechtsquellen der bon. fid. actiones.

Neben jenem Fonds von Principien und Maximen, von Ordnungen und Sätzen, in denen, wie in § 110 dargelegt, die leitenden nationalen Ideen in Dingen des aequum et bonum theils durch die Rechtspraxis der arbitria legitima, theils durch das ädilicische Edict bereits in bestimmterer Präcisirung und Ausprägung überliefert waren, verblieb jedoch der Volksanschauung noch ein weiter Spielraum für Regelung der bon. fid. negotia, bedingt theils durch die Eigenthümlichkeiten dieser Rechtsverhältnisse, theils aber auch durch die veränderte Anschauung der Zeiten, in welche die Constituirung der bon. fid. actiones fällt. Und insoweit ruhen auch jetzt noch zahlreiche maaßgebende Postulate der bona fides ganz unmittelbar in der Volksanschauung, gewahrt und erhalten durch bürgerliche Sitte und Verkehrsgewohnheit (A. 1339), wie durch mündliche Ueberlieferung und Erziehung, und bekundet und ausgeprägt in practischer Uebung, wie in Form von gnomischen Sentenzen.

Und so nun werden auch jetzt noch die aus solchem Wechsel der Verkehrsgestaltungen, wie nationalen Anschauungen hervortretenden neuen Postulate der aequitas in bemerkenswerther Virtuosität auf's Neue in der Form von ethischen Gnomen präcisirt und verlautbart, ja nunmehr, mit dem Werthe von Rechtsparömieen bekleidet, als regulae iuris auch in die Rechtslitteratur aufgenommen.[1365]) Und als solche dem gegenwärtigen Zeitraume entstammende Gnomen kennzeichnen sich z. B. die Sentenzen:

1365) So z. B. namentlich die regula Catoniana, die allerdings nicht der Sphäre der aequitas angehört. Im Uebrigen vgl. wegen des theilweis hohen Alters der regulae iuris: Gothofred. Comm. in l. 1 D. de R. J. Sanio, Antiq. reg. iur. I, 5. 9. Zur Sache selbst vgl. Sabin. bei Paul. 16 ad Plaut. (D. L, 17, 1): regula quasi causae coniectio est, und Paul. cit.: regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Dagegen der weitere Ausspruch desselben: non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fit, entspricht lediglich den Verhältnissen der mittleren Kaiserzeit. Im Allgemeinen vgl. Raevard, Oper. 1063 fg.

Non omne, quod licet, honestum est: Paul. 62 ad Ed. (D. L, 17, 144. pr.);

Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur: Gai. 2 ad Ed. urb. (D. L, 17, 55) oder: nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet: Paul. 64 ad Ed. (D. L, 17, 151);

Impossibilium nulla obligatio est: Cels. 8 Dig. (D. L, 17, 185); vgl. Ulp. 42 ad Sab. (D. L, 17, 31), 23 ad Ed. (D. L, 17, 135);

Quoties culpa intervenit debitoris, perpetuatur obligatio: Veter. bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 3);

Videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam non debuit auferre, moram facere: Veter. bei Tryph. 15 Disp. (D. XIII, 1, 20);

Non potest videri mora per venditorem emptori facta esse, ipso moram faciente emptore: Lab. 5 Post. a Jav. ep. (D. XIX, 1, 51. pr.);

Unicuique sua mora nocet: Paul. 6 ad Plaut. (D. L, 17, 173. § 2), wozu vgl. A. 1253;

oder im Besonderen:

Ex quibus causis infitiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non potest: Veter. in J. Just. III, 27, 7;

Id quod ex iniusta causa apud aliquem est, potest condici: Veter. bei Ulp. 18 ad Sab. (D. XII, 5, 6);

Quidquid est in praedio viti, si venditor sciat, nisi nominatim dictum est, praestari oportet: Cic. de Off. III, 16, 65;

Per permutationem rerum emptio et venditio contrahitur: J. Just. III, 23, 2;

Perfecta emtione periculum ad emptorem respicit: Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 6, 8. pr.);

Voluntatis est suscipere mandatum, necessitatis consummare: Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 6, 17. § 3);

und so auch bezüglich der formula petitoria:

Bona fides tantundem possidenti praestat, quam veritas, quoties lex impedimento non est: Paul. 18 ad Ed. (D. L, 17, 136).

Jene leitenden Ideen der Volksanschauungen und bürgerlichen

Sitte gewinnen aber ihre naturgemäßen Organe ebenso in der richterlichen Spruchpraxis, wie in den responsa prudentium und werden so nun in jenem, wie in diesem Kreise mehr und mehr geläutert, wie erweitert: in ihrem Denkgehalte erwogen und exacter bestimmt, in ihrer Sphäre fixirt und deutlicher begränzt, in ihren besonderen Consequenzen entwickelt und detaillirt, durch Analogie vermehrt und verallgemeinert. Denn in solcher Wirksamkeit tritt uns das officium arbitri entgegen bei

Qu. Muc. in Cic. de Off. III, 17, 70: in his (i. e. bon. fid. iudiciis) magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret;

Cic. de Off. III, 15, 66: M. Cato — iudex ita pronuntiavit „cum in vendundo rem eam sciisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.“ Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor;

Quint. J. O. VII 4, 35: in quo iudicio (sc. tutelae) solet quaeri, an alia de re quam de calculis cognosci oporteat, an fidem praestare debeat tantum, non etiam consilium et eventum;

und mit solcher Aufgabe finden wir auch die Jurisprudenz beschäftigt, so

Sex. Aelius Paetus Catus und C. Livius Drusus bei Cels. 8 Dig. (D. XIX, 1, 38. § 1): si per emtorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servarii (vgl. A. 1373);

Qu. Muc. bei Cic. de Off. III, 17, 70: summam vim esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur „Ex fide bona“ fideique bonae nomen manare latissime;

Cic. Top. 17, 66: illi (sc. ICti) dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cuius ea negotia fuissent, quid eum, qui mandasset, eumve, cui mandatum est, alterum alteri praestare oporteret; 10, 42: s. A. 478;

wie nicht minder z. B. in den Definitionen des dolus malus von C. Aquilius Gallus bei Cic. de Off. III, 14, 60. de N. D. III, 30, 74 und von Serv. Sulpicius bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 2)

oder in der Wesenbestimmung der culpa von Qu. Mucius (§ 112); dann ferner in den mannichfachen auf die Gränzbestimmung der bon. fid. negotia gerichteten Untersuchungen (A. 1335) oder in den Erörterungen über Inhalt und Umfang der diesen Rechtsverhältnissen inliegenden Befugnisse und Verbindlichkeiten (§ 113), so z. B. von Qu. Muc. und Serv. Sulpicius bei Gai. III, 149. Paul. 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 30) und J. Just. III, 25, 2 oder von Serv. Sulpicius bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.) und Ulp. 32 ad Ed. (D. cit. fr. 15. § 2. fr. 19. § 1), von Trebat. bei Marc. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45), Ofil. bei Ulp. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 38. § 7), Alf. Var. 3 Dig. a Paul. ep. (D. cit. fr. 30. pr. § 1) u. a. m.

Wenn so daher die Rechtsbildung der bon. fid. negotia aus dem Fonds der von der Volksanschauung und bürgerlichen Sitte getragenen und gebilligten Handlungsmaximen, wie Verkehrsgewohnheiten schöpfte, so sind doch andrerseits diese Postulate der boni mores weder mit Einem Male, noch in allumfassender Maaße in Rechtssätze umgewandelt worden, vielmehr beschah solches theilweise niemals, theilweise nur allmählich. Denn so bietet in ersterer Beziehung ein belehrendes Beispiel Plaut. Pseud. I, 3, 139 fg., wo es als Gebot der fides hingestellt wird, daß bei Verwirkung der lex commissoria Seitens des Abkäufers der Verkäufer vor weiteren Dispositionen über das Kaufobject noch abwarte, ob der Erstere etwa noch genügende Entschuldigungsgründe wegen seiner Mora beibringe,[1365]) ein Postulat, welches niemals als Rechtssatz aufgenommen ward.

Jene Untersuchungen der Rechtswissenschaft über den Pflichtengehalt der bona fides sind nun allerdings bis gegen Ausgang des gegenwärtigen Zeitraumes überwiegend casuistisch, entsprechend hierin der allgemeinen Haltung der Jurisprudenz jener Zeit, welche an dem Einzelfalle und zunächst nur in Bezug auf denselben den Gehalt des Rechtsbegriffes, wie Rechtssatzes entwickelte; allein indem andrerseits wiederum die Responsen dieser Zeit in schriftlicher Aufzeichnung in die Rechtswerke eingeordnet wurden, so bildete sich damit ebensowohl ein Fonds von Sentenzen, welche immerhin ein umfassenderes System von abstracteren Sätzen vor-

1365a) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 191.

bereiteten und anbahnten, während andrerseits damit auch äußerlich eine wichtige Transsubstantiation der für die bon. fid. negotia maaßgebenden Norm sich vollzog: die einschlagenden Sätze hoben sich nicht allein äußerlich heraus aus der großen Masse der Postulate der mores, sondern es hörte auch insoweit das aequum et bonum auf, ein an sich fremdes, völlig selbstständiges und unabhängig neben dem ius stehendes Stück der ethischen Pflichten zu sein, und trat vielmehr in die Sphäre des Rechtes selbst hinein, hier nun eine eigen qualificirte Rechtsmasse: das bonum ius (A. 1245) begründend.

Endlich am Ausgange dieser Periode empfing die Rechtswissenschaft einen neuen Impuls, wie eine andere Methode für Behandlung jenes Lehrstoffes durch die Philosophie, welche auf doppeltem Wege der letzteren ganz neue Gesichtspunkte, wie frischen Denkstoff zuführte. Und zwar ist es zunächst die Rhetorik, welche in Bezug auf das Delictrecht in durcharbeitetem Systeme eine abstracte Behandlung der auch für die bon. fid. negotia wichtigsten, weil allgemeinsten Lehrbegriffe darbot. Indem nämlich die constitutio generalis oder iudicialis (Beil. XVII § II) eine pars assumptiva enthielt, bei welcher die Defension die Unzurechenbarkeit oder Entschuldbarkeit des objectiv rechtswidrigen Thatbestandes geltend machte, und diese nun wieder unter Anderem als Defensionsmodalitäten die remotio criminis, wie die purgatio umfaßte, bei deren ersterer die culpa oder Verschuldung auf Seiten des Angeschuldigten und bei deren letzterer die Existenz einer Verschuldung schlechthin geleugnet wird; indem sodann letzteren Falles solche Leugnung gestützt wird entweder auf fortuna oder später casus: auf den Zufall, oder auf necessitas oder necessitudo d. i. auf vis maior, oder endlich auf inprudentia oder später auch ignorantia, inscientia, error d. i. auf error facti und resp., dafern der Dolus als wesentlicher subjectiver Thatbestand erfordert wird, auf Culpa;[1366]) und indem endlich alle diese Lehrbegriffe einer eingehenderen Behandlung und exemplarischen Verwendung unterzogen werden; so gewann nun dieser rhetorische Lehrstoff für die Jurisprudenz dadurch eine hohe Bedeutung, daß er derselben ein geläutertes und durcharbeitetes Begriffs-

1366) Vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 9 fg. 22.

material darbot, welches zu einer Anwendung oder Verwerthung bei den Erörterungen der letzteren über die Ersatzpflicht der Vermögensschädigung durchaus geeignet war und hierfür die maaßgebenden systematischen Kategorieen und theoretischen Gesichtspunkte, die leitenden Begriffe, wie allgemeinsten Urtheile ergab. Und daß nun in der That die Jurisprudenz von jenem rhetorischen Lehrmateriale in solcher Weise Gebrauch machte und dasselbe im Interesse des Rechtes verwerthete, ersehen wir theils daraus, daß in diese Zeit ebenso die dogmatischen Untersuchungen über Zufall und Verschuldung, über Dolus oder Culpa (§ 112), wie die prätorischen Rechtsmittel wegen dolus malus und vis (§ 116) fallen, im Uebrigen aber jene Lehrsätze selbst der Rhetorik deutlich ausgeprägt in dem Civilrechte der nächsten Periode zu Tage treten.[1367])

Und sodann ist es das Philosophem von dem ius naturale, dessen Einfluß auf das ius civile: das positive Recht und zwar zunächst in der Sphäre des ius gentium zu Ausgang dieses Zeitraumes in zwar leisen, aber deutlichen Spuren zu Tage tritt (Thl. I § 43): in die wissenschaftlichen Operationen der Jurisprudenz beginnt nunmehr die natura negotii hineinzutreten gleich als ein a priori sich darbietendes Anschauungsobject (Thl. I § 53), welches, die Sondereigenthümlichkeiten je der mannichfachen bon. fid. negotia umfassend und tragend, gleichsam das doctrinelle Centrum ergiebt, von welchem aus so Radien, wie Peripherie zu ziehen: die individuellen theoretischen Besonderheiten, wie die Sphäre jener negotia zu entwickeln sind. Denn diese Methode der theoretischen Operation ist es, welche bereits hervortritt bei

Qu. Mucius in Paul. 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 30), Gai. III, 149. und J. Just. III, 25, 2: non potest societas ita coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat,

---

1367) Vgl. Voigt, a. O. 62. Im Einzelnen vgl. z. B. einerseits Cic. de Inv. II, 33, 102: defensoris (sc. est petere), uti suum (i. e. accusati) animum, non eventum considerent, und andererseits Quint. J. O. VII, 4, 35. cit.: an fidem praestare debeat tantum, non etiam consilium et eventum; Boëth. in Top. p. 378: inquiruntur consilia, statuitur, quibus quidque de causis administratum sit; und dann wieder Hadrian. bei Callistr. 6 de Cogn. (D. XLVIII, 8, 14): in maleficiis voluntas spectatur, non exitus, und Weiteres Voigt, a. O. 64 fg. 18 fg.

quod contra naturam societatis talis pactio est et ob id non est rata habenda.

Für alle solche doctrinellen Operationen hatte aber die Jurisprudenz einen um so freieren Spielraum, als die Clausel Ex fide bona den Stützpunkt für die freieste und ungehindertste Bewegung der interpretativen Operation darbot (S. 285), ja in Wahrheit jedes der Volksanschauung entsprechende Pflichtgebot der bona fides und dem bon. fid. negotium sich einordnete.

§ 112.

Fortsetzung.

Die verschiedenen Functionen der bon. fid. actiones.

Die bon. fid. a. versieht eine vierfache Function: zuvörderst als Contracts- oder Quasicontracts-Klage auf Erfüllung der principiellen Obliegenheiten, nicht minder als Schädenklage, und sodann als Bereicherungsklage, wozu dann endlich noch deren Function tritt, in voller Zweiseitigkeit die Interessen auch des Mitinteressenten zu wahren.

Was zunächst nun jene erste Function betrifft, so entspricht dieselbe bei Contractsklagen der voluntatis ratio: indem der bon. fid. contractus mit Ausnahme der fiducia ein unsolenner Rechtsact ist, so vertritt die bona fides nach Maaßgabe von § 18 vor Allem den Consens als das rechtsverbindliche Element. Und dieser Satz erleidet in der Consequenz, daß die bon. fid. a. zur Geltendmachung des so Vereinbarten dient, volle Geltung bezüglich des contractus an sich. Dahingegen das pactum adiectum hat, entsprechend der dem pactum im Allgemeinen in dem ältesten Rechte zugewiesenen Stellung (S. 183), a priori nur die Tragweite, eine ipso iure zur Geltung gelangende Einrede (A. 1089), nicht aber die bon. fid. a. zu begründen. Von dieser Consequenz wird jedoch in dem einen Punkte abgewichen, daß dasjenige pactum adiectum, welches directe Bestimmungen über die Modalität der Solution an sich oder Vorschriften über das Gebahren des Schuldners mit dem im Eigenthume des Gläubigers verbliebenen Vertragsobjecte verlautbart, die bon. fid. a. erzeugt, wie dies bekundet wird in ersterer Beziehung für die a. ex emto

vend. ebensowohl in Betreff der dem venditor, als auch der dem emtor obliegenden Solution, in letzterer Beziehung aber für die a. ex locato cond.[1368]) In allen übrigen Beziehungen gelangt dagegen jene Consequenz wiederum zur Geltung,[1369]) so daß das pactum adiectum z. B. dann die bon. fid. a. nicht erzeugt, wenn es eine Zusage bezüglich der Qualitäten des Objectes oder die Uebernahme der Evictionsverbindlichkeit enthält.[1370])

Sodann als Schädenklage tritt die bon. fid. a. auf zunächst wegen verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, sowie wegen Mora, wobei in ersterer Beziehung bereits das legitimum arbitrium einen maaßgebenden Vorgang bot (§ 102 unter 1), in letzterer Beziehung aber die in dem Geschäftsverkehre üblichen entsprechenden Vertragsbestimmungen (A. 1186) in der Weise maaßgebend wurden, daß der regelmäßige Inhalt solcher Privatdispositionen als eine der bona fides ipso iure inliegende Rechtspflicht anerkannt wurde, woneben dann endlich die Vorschriften des ädilicischen Edictes (§ 110 unter D a und b 2) über die Haftung wegen Deterioration und omnis causa einerseits und wegen Impensen andererseits zur Substantiirung der Folgewirkungen dort der mora solvendi, hier der mora accipiendi sich verwerthen ließen. Und zwar wurden die verschuldete Vereitelung, wie Verzögerung der Solu-

---

1368) In Bezug auf die Leistung des venditor das pactum bei Serv. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 30) oder das pactum de re mancipio danda in Beil. XXI A. 99; in Bezug auf die Leistung des emtor das pactum über Zahlungstermin oder Sicherstellung durch Unterpfand und dergl.: Cat. RR. 144. 145. Lab. 5 Post. a Jav. ep. (D. XIX, 1, 51. § 1); in Bezug auf das Gebahren mit der res conducta: Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 11. § 4). Im Allgemeinen vgl. Veteres bei Pap. 5 Quaest. (D. II, 14, 39). Vgl. A. 1566.

1369) Ganz singulär ist, daß das ädil. Edict aus dem zu Gunsten des Abkäufers resolutiv gestellten pactum displicentiae der bezüglichen Kaufgeschäfte die a. redhibitoria giebt (A. 1349). Die weitere Ausführung des obigen Satzes gehört nach § 128.

1370) Für beiderlei Verträge ward Stipulation erfordert, so wegen der Eigenschaften: Varr. RR. II, 2, 6. 3, 5. 4, 5. 5, 11, 10, 5. vgl. 6, 3. 9, 7 sowie A. 1376; und wegen Eviction: Varr. cit. II, 2, 6. 3, 5. 4, 5. 10, 4 sowie A. 1375; und so in beiderlei Beziehung auch das ädil. Edict in § 110 unter B.

tion von Vorn herein ebensowohl gemeinsam unter der Bezeichnung mora zusammengefaßt in der technischen Redewendung: per aliquem mora est, quominus fiat, quod fieri oporteat (§ 80), als auch gemeinsam durch den Rechtssatz geregelt: Quoties culpa intervenit debitoris, perpetuatur obligatio, womit nun auf Grund solchen Verhaltens des Debitor die Schuldverbindlichkeit unabhängig gestellt wird von den das Schuldobject später betreffenden nachtheiligen Vorgängen, so daß dort die Vereitelung der Solution die bon. fid. a. weder aufhebt, noch modificirt, hier dagegen die mora solvendi, als die verschuldete Nichtleistung am vereinbarten Solutionstermine (A. 1714), das Periculum der res debita von dem Creditor auf den Debitor überträgt, so daß der Letztere solches in vertragsmäßiger Beschaffenheit, eventuell dessen quanti res est zu leisten verpflichtet ist,[1371]) ohne gleichwohl von seiner Verpflichtung befreit zu werden, dem Creditor das mittelst der res debita gewonnene commodum und so insbesondere die omnis causa zu prästiren,[1371a]) überdem aber auch der Debitor dem Creditor zum Ersatze der durch die Mora verursachten Einbuße am quanti res est, wie der aufgewendeten

1371) Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 3), sowie auch 37 ad Ed. (D. XXII, 1, 24. § 2), 22 Quaest. (D. XLVI, 1, 58. § 1), 8 Resp. (fr. Vat. 112); Ulp. 22 ad Ed. (D. XII, 2, 9. § 3). Dieser Rechtssatz wird interpretirt von Paul. 17 ad Plaut. cit. (D. cit. § 4—6) und Pomp. das., wonach nun derselbe den zwiefachen objectiven Thatbestand betrifft: si effecerit promissor, quominus solvere possit und si mora sit tantum, somit also die Vereitelung, wie die Verzögerung, ersterenfalls aber nach § 6 cit. den Effect hat, ut adhuc homo (i. e. res debita) peti possit. Sodann ergeben die obige Exegese auch die Stellen bei Mommsen, Beitr. III, 200 A. 27, sowie Ulp. 22 ad Ed. cit., wo aus der vereinzelten Anwendung, die dort zur Sprache gebracht wird, ganz mit Unrecht von Mommsen 199 A. 25 ein beschränkterer Denkgehalt des perpetuari an sich gefolgert wird. Vielmehr ist das von Mommsen A. 26 getadelte Verfahren Madai's an sich durchaus correct und nur insoweit tadelnswerth, als der Thatsache nicht Rechnung getragen ist, daß die spätere Rechtsbildung allerdings den obigen Rechtssatz modificirte d. h. seine Geltung wieder einschränkte: A. 1545. Dagegen ist keine Ausnahme, sondern einfache Consequenz, daß dasjenige pactum, welches contra naturam contractus geht, auch nicht die Contractsklage erzeuge, so z. B. Trebat. und Lab. bei Jav. 5 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 79) und das Weitere in § 126.

1371a) Vgl. Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 15).

impensae necessariae (vgl. A. 1373) gehalten ist. In beiderlei Beziehung aber reichte die perpetuatio obligationis mit ihren Folgewirkungen lediglich bis zur Litiscontestation, da die letztere eine Novation herbeiführt und damit das Rechtsverhältniß auf eine andere theoretische Basis überleitet (§ 114).

Und wiederum für die mora accipiendi ward nicht allein dem Debitor nachgelassen, der res debita resp. durch Dereliction oder Deposition sich zu entäußern und damit von der Schuldverbindlichkeit selbst sich zu liberiren, ohne daß dabei die vom XII Tafelrechte erforderte vorgängige bezügliche denuntiatio des Schuldners an den Gläubiger (§ 97) postulirt worden wäre,[1372] sondern auch dem Gläubiger ebenso das periculum der res debita, wie die Verpflichtung auferlegt, die Bereicherung, die er in Folge der Mora durch die vom Schuldner auf die res debita aufgewendeten Impensen erlangte, demselben zu restituiren.[1373]

Dann wiederum erhielt die bon. fid. a. ebenfalls vom arbitrium legitimum überliefert die Function als Schädenklage wegen Beeinflussung durch dolus malus[1374] oder durch vis, wobei indeß die Relevanz von Beiden durchaus davon abhängig war, daß innerhalb der Sphäre des Contractes selbst, nicht aber in einem darüber hinausliegenden Punkte dolus malus oder vis bestimmend einwirkten, daher denn in dem Falle, wo bei Erfüllung des abgeschlossenen Kaufes über einen Sclaven der Verkäufer den Sclaven vergiftet mancipirt oder bei Kauf über ein Grundstück bei dessen Mancipation eine Servitut deducirt oder einer Beschädigung desselben sich schuldig macht, noch Lab. bei Ulp. 11 ad

---

1372) Veteres bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 4); Alf. 3 Dig. a Paul. ep. (D. cit. 12) und dazu A. 1067.

1373) Periculum: so im Falle von § 89 unter 2 b Alf. 3 Dig. in A. 1372. — Impensae: Sext. Ael. und C. Livius Drusus bei Cels. 8 Dig. (D. XIX, 1, 38. § 1): si per emtorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari, wo Cels. unter arbitrium die bon. fid. a. versteht, daher wohl auch wir hierbei werden Beruhigung fassen dürfen, um so mehr als sich gleiche Redewendung auch anderweit findet, so bei Alf. 2 Dig. (D. X, 3, 26). Dann auch Trebat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 22).

1374) Cic. de Off. III, 15, 61: dolus malus — erat vindicatus (sc. edicto Aquilii de dolo malo nondum proposito) — sine lege iudiciis, in quibus additur „Ex fide bona"; Top. 17, 66.

Ed. (D. IV, 3, 7. § 3) die a. emti in Function einer a. de dolo nicht kennt (vgl. A. 1375), da solche dolose Handlungsweise nicht in die Sphäre der emtio, sondern der mancipatio fällt.

Endlich wiederum von dem ädilicischen Edicte (§ 110 unter B) leitet sich zuvörderst her die Function der bon. fid. a., als Schädenklage wegen Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae für Eviction beim Kaufe zu dienen, welche im 7. Jahrhundert derselben beigelegt ward,[1375]) während aus der Vorschrift der pronuntiatio von morbi und vitia (§ 110 unter A) wiederum eine zwiefältige Rechtsordnung sich entwickelte: einestheils die Verpflichtung zur stipulatio duplae vel simplae wegen wesentlicher Mängel der verkauften mancipia oder iumenta,[1376]) und anderntheils die Rechtsordnung über die reticentia bei entgelt-

1375) Zu Plaut. Zeit, somit im 6. Jahrh. versieht die a. ex emto noch nicht solche Function: Beil. XXI § XIV, unter 3 c; und ebenso ergiebt sich dafür, daß die Eviction diese Klage nicht in Function einer a. de dolo begründet, ein belehrendes Beispiel aus Plaut. Pers. III, 1 fg.: es verkauft Jemand einem leno ein Mädchen unter der wahren Angabe, dieselbe sei von Geburt libera, aber unter der unwahren Angabe, dieselbe sei aus Arabien als Sclavin geraubt; in Folge dessen wird daher der Kauf ohne Evictionsverbindlichkeit für den Verkäufer abgeschlossen (vgl. A. 1198); nach beschehener Solution des Preises vindicirt der Vater des Mädchens, der von der ganzen Manipulation Kenntniß hatte, dasselbe in libertatem; dennoch greift hier weder exc. doli wider die Vindication Platz, weil solche noch nicht proponirt war, noch a. ex emto in Function einer a. doli, weil es um Eviction allein sich handelt, wegen deren wiederum weder a. auctoritatis, noch a. ex stipulatu begründet war: V, 2, 9 fg. Dagegen ist der a. ex emto solche Function im 7. Jahrh. übertragen nach Varr. RR. II, 10, 5: in horum (sc. servorum) emtione solet — stipulatio intercedere sanum eum esse, furtis noxisque solutum, si mancipio non datur, dupla promitti aut, si ita pacti, simpla. Die Cautionspflicht auf duplum ward später auf alle werthvolleren Objecte extendirt: Ulp. 32 ad Ed. (D. XXI, 2, 37. § 1); vgl. Nerat. bei Ulp. cit. (D. XIX, 1, 11. § 8. XXI, 2, 37. § 2), Ulp. cit. (D. cit. 37. pr.), Paul. 5 ad Sab. (D. cit. 2), sowie Vernede, de aed. ed. 90 fg. und oben A. 1370.

1376) Wegen der Cautionspflicht für morbi und vitia auf duplum bei Verkauf von mancipia, s. Varr. in A. 1375; vgl. Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 31. § 20) und dazu Schilling, Inst. § 294 n, sowie Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XXI, 2, 37. § 8. 9), Diocl. im C. Just. IV, 49, 14., sowie auf simplum bei Verkauf von iumenta vgl. Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 4). Vgl. A. 1370.

lichen Verträgen, welche eine Veräußerung oder eine Uebertragung von Nutzungsbefugnissen vermitteln.

Und zwar gelangte diese letzte Rechtsordnung in zwei verschiedenen Absätzen zur Ausbildung, nämlich zuerst in dem der Mitte des 7. Jahrhunderts angehörigen Rechtssatze: quidquid est in praedio viti, id, si venditor scierit, nisi nominatim dictum est, praestari oportet,[1377]) wodurch somit das Recht des ädilicischen Edictes auf den Kauf von Grundstücken übertragen wird, obwohl mit der doppelten Abweichung, daß einestheils die Wissenschaft der Mängel Seitens des Verkäufers als wesentliches thatbeständliches Merkmal gesetzt, und anderntheils die Verletzung solcher Pflicht nicht mit a. redhibitoria, als vielmehr mit a. ex emto in der Richtung auf Schadenersatz bedroht wird.

Und sodann ward dieser Rechtssatz wiederum in der Zeit des Serv. Sulpicius Rufus in der Weise generalisirt, daß solche Pflicht zur pronuntiatio vitiorum extendirt wird theils auf andere Rechtsobjecte, als mancipia, iumenta und praedia, theils sodann auf locatio conductio rei, theils endlich auch von Neuem auf den Fall der ignorantia des venditor oder locator, wogegen andrerseits solche Verbindlichkeit aufgehoben wird für den Fall, daß

1377) Cic. de Off. III, 16, 65 fg., wonach die Entstehung dieses Rechtssatzes in die Zeit des M. Porcius Cato Salonianus, gest. 663, fällt; sodann subsumirt sich jenem Rechtssatze der Proceß des C. Sergius Orata (praet. 657) wider den M. Marius Gratidianus bei Cic. de Off. III, 16, 67. de Orat. I, 39, 178. Val. Max. VIII, 2, 1. Schol. Bob. p. Arch. p. 356 (Thl. I § 10). im Uebrigen vgl. Cic. de Off. III, 17, 71. 23, 91 und Veteres bei Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39), wogegen Q. Muc. bei Venul 16 Stip. (D. XXI, 2, 75) und bei Cels. 8 Dig. (D. XVIII, 1, 59) nicht von dem Kauf-, sondern von dem Mancipations-Rechte handeln. Dagegen nehme ich an, daß wiederum bei Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 1) das Referat einer Sentenz der Veteres vorliegt, die widerspruchsvoller Weise von Tribonian nicht ausgetilgt ward. Im Allgemeinen vgl. Clermont, ad Ed. aed. cur. 1—21. Vernede, de Aedil. ed. 90 fg. Corn. Dedel, de auctorit. praestanda a venditore rei vitiosae 25 fg. Cohnfeldt, Interesse 174 fg. 284 Zus. Voigt, im Arch. f. civil. Pr. LIV, 220 fg. — Scire vertritt den Dolus: Voigt, Bedeutungswechsel 40 fg., und wenn Cic. de Off. III, 16, 65. 17, 71 die poena reticentiae dem Gesichtspunkte einer Repression der fraus unterstellt, so ist dies keineswegs widersprechend.

der emtor oder conductor das betreffende vitium bereits kannte.[1378])

In allen jenen manichfachen Functionen aber der bon. fid. a. als Schädenklage gelangt die bereits im arbitrium legitimum verwirklichte Methode und Tendenz der aequitas (§ 102) zur Geltung, die Relevanz der Vermögensschädigung nicht lediglich auf den objectiven Thatbestand der Widerrechtlichkeit, sondern nicht minder auf den subjectiven Thatbestand der Verschuldung zu stützen, eine Tendenz, die auf das Schärfste darin sich ausprägt, daß, während noch das ädilicische Edict die Relevanz der reticentia auf den objectiven Thatbestand allein der unterlassenen pronuntiatio morbi vitiive stützt (A. 1344), bereits der ältere Rechtssatz des ius civile die reticentia bei Verkauf von Grundstücken an den Dolus des Verkäufers anknüpft (A. 1377), während die jüngere Extension dieser Rechtsordnung je mit Dolus oder Culpa des Verkäufers ein verschiedenes Maaß der Verhaftung verbindet (A. 1378). Der objective Thatbestand an sich aber der Widerrechtlichkeit ward bezüglich der beiden Fälle der Verletzung obliegender obligatorischer Verpflichtungen: der Verzögerung und der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution technisch bezeichnet durch eine doppelte Gruppe von Ausdrucksweisen: theils durch facere oder per aliquem fit oder stat, quominus fiat, quod fieri oporteat, theils durch per aliquem mora est, quominus fiat, quod fieri oporteat (§ 80). Und diese letztere Bezeichnung nun läßt, wie obbemerkt, erkennen, daß der interpretative Gesichtspunkt, von welchem aus die Rechtswissenschaft die Relevanz der mora systematisch begründet, in einer specifischen Gleichheits-Erklärung jener beiden Fälle der Verletzung von Vertragsverbindlichkeiten gewonnen wurde.

Was dagegen den subjectiven Thatbestand der Verschuldung betrifft, so widmete die Rechtswissenschaft des gegenwärtigen Zeitraumes demselben eingehendere Untersuchungen, um die überliefert

---

1378) Trebat. bei Marc. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45), Serv. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 1), Ofil. bei Ulp. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 38. § 7). Die obige Beschränkung postulirt bereits Cic. de Off. III, 16. 63. Wegen des verschiedenen Maaßes der Haftung von venditor, und locator je nach dessen scientia oder ignorantia s. § 124 unter 4. Wegen des Verhältnisses dieser Rechtsordnung zu der in A. 1376 vgl. namentlich Paul. 5 ad Sab. (D. XIX, 1, 4).

erhaltenen Lehrbegriffe und Urtheile ebenso im Sinne der jüngeren Volksanschauung zu revidiren, wie im Interesse der Theorie selbst durchzuarbeiten und insbesondere mit Rücksicht auf die specifischen Verschiedenheiten der manichfachen Rechtsverhältnisse näher zu bestimmen und zu differentiiren. Und so daher übernimmt nun gegen Ausgang dieses Zeitraumes, wo neben die emtio venditio eine Mehrzahl neuer bon. fid. negotia getreten ist, die Rechtswissenschaft die Aufgabe, die maaßgebenden Gegensätze von Zufall und Verschuldung, von Dolus und Culpa an sich, wie in ihrer Geltung gegenüber den verschiedenen Rechtsverhältnissen im Näheren festzustellen und zu detailliren.

Zunächst aber der Gegensatz von Zufall und Verschuldung findet von Alters her seine terminologische Ausprägung in den Worten fortuna und culpa, und tritt in dieser Terminologie vollkommen technisch auf in der criminalrechtlichen Doctrin des gegenwärtigen Zeitraumes (A. 1367), während in das Civilrecht zwar die Verschuldung ebenfalls unter der Bezeichnung culpa eingreift, der Zufall dagegen ebensowohl vom Ausgange dieser Periode ab durch casus bezeichnet wird, als auch in der Ausdrucksweise alicuius periculo (auf Jemandes Gefahr oder Risico) seine Vertretung mit findet.[1379]) In sachlicher Beziehung aber, indem die culpa und das alicuius periculo esse zu einander als ausschließende Gegensätze sich verhalten, ist es die erstere, welche den doctrinell maaß-

1379) Wegen culpa s. Voigt, Bedeutungswechsel 10 fg. Wegen casus s. Dens. 27 fg. 88 fg. und insbesondere Alf. 2. 7 Dig. (D. IX, 2, 52. § 4. X, 3, 26. XIX, 2, 29). Wegen alicuius periculo esse vgl. Plaut. Cas. II, 4, 14: liber si sim, meo periculo vivam, nunc vivo tuo; Pers. IV, 3, 55 fg.: suo periculo is emat, qui eam mercabitur; IV, 4, 113: tuo periculo LX haec dabitur argenti minis; Bacch. IV, 4, 100: mea fiducia opus conduxi et meo periculo rem gero; Trin. IV, 2, 16: ipse ornamenta a chorago haec sumpsit suo periculo; Asin. II, 4, 51: da modo meo periculo: rem salvam ego exhibebo; vgl. Capt. II, 2, 99; Transportvertrag v. J. 537 bei Liv. XXIII, 49, 2: ut quae in naves inposuissent, ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent; Cic. ad Att. VI, 1, 6: rem illam suo periculo esse; p. Sest. 22, 50: periculo rei publicae vivebam; p. Flacc. 17, 41: periculo nostro vivere tuos contubernales; Namusa bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 7 s. A. 1380); Alf. 8, 5 Dig. a Paul. ep. (D. XVIII, 6, 12. 14 s. A. 1067. XIII, 7, 30 s. A. 1381); vgl. Qu. Muc. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 3).

gebenden und bestimmenden Begriff darbietet: denn indem, wie bemerkt, die Ersatzpflicht der widerrechtlichen Schädigung principaliter an eine Verschuldung der letzteren angeknüpft ist, so ergiebt sich aus solcher Beschränkung der Haftung zugleich die Nichthaftung für die casuelle Schädigung als einfache und zwar negative Consequenz, demgemäß insoweit das alicuius periculo esse zwar vom Gesichtspunkte der practischen Interessen, nicht aber der theoretischen Lehrsätze eine selbsteigene und bestimmende Bedeutung gewinnt. Immerhin aber ergiebt sich hieraus als die maaßgebende Grundordnung bei den bon. fid. negotia, daß die objectiv widerrechtliche Vermögensschädigung des Mitinteressenten, dafern durch eine Verschuldung des anderen Theiles herbeigeführt, den Letzteren zur Ersatzleistung verpflichtet, wogegen dann, wenn jene Schädigung durch Zufall herbeigeführt ist, solche Verpflichtung hinwegfällt und somit das periculo esse den Ersteren trifft [1380]. Und wie nun solche Ordnung Geltung erleidet bezüglich der Verzögerung der Solution, oder bezüglich des dolus malus oder vis, oder bezüglich der Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae oder der reticentia, so gilt dieselbe insbesondere auch bezüglich der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte und ergiebt hier nun die besondere Consequenz, daß, indem der Debitor nur im Falle seiner Verschuldung haftet, den Creditor das periculum trifft, somit also auch der casuelle Untergang der res debita den Debitor liberirt und das Forderungsrecht des Gläubigers zerstört [1381], ohne insbesondere bei zweiseitigen Obligationen die Gegenforderung in ihrem Bestande oder Gehalte zu alteriren. [1382] Allein gleichzeitig greift in diesem Punkte aus-

---

1380) So z. B. Namusa bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 7): si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse; Alf. 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XIII, 7, 30).

1381) Alf. 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XIII, 7, 30): qui ratiario crediderat, quum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit; postea flumen crevit et ratem abstulit; si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse respondit; sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim maiorem.

1382) So bezüglich des emtor Alf. 2 Dig. (D. XVIII, 6, 11), 3 Dig. a Paul. ep. (D. XVIII, 6, 12. 14) s. A. 1067; bezüglich des locator operis: Alf. 3 Dig. bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33) s. bei A. 1068.

nahmeweise auch die entgegengesetzte Ordnung Platz, daß der Debitor auch bei casueller Vereitelung der Solution für verhaftet erklärt wird, so daß hier nun das periculo eius esse eine selbsteigene doctrinelle Bedeutung gewinnt; und dies nun ist der Fall theils bei emtio venditio, dafern die res debita confiscirt worden ist, wo nun der venditor trotzdem auf Solution verhaftet bleibt[1383], theils bei locatio cond. rei, wo die casuelle Vereitelung der Präſtation der res locata den locator von der a. conducti nicht liberirt.[1384])

Was dagegen die Verschuldung oder culpa betrifft, so gewann dieser Lehrbegriff in dem vorhergehenden Abschnitte bei den arbitria legitima eine höchst einfache und kunstlose Gestaltung, da hier die Verschuldung durchaus nur nach concretem Maaßstabe: der diligentia, quam quis suis rebus praestat bemessen ward (A. 1273) und so nun, indem des Betreffenden wirthschaftliches oder geschäftliches Verhalten in den eigenen Angelegenheiten die alleinige Norm für Entscheidung der Schuldfrage ergab, im Besonderen aber solchem Maaßstabe so Vorsatz, wie Fahrlässigkeit gleichmäßig unterfielen, damit jede theoretische Untersuchung über die Natur der culpa in abstracto ohne Weiteres entbehrlich wurde, namentlich aber die Distinction von Dolus und Culpa zu keiner selbstständigen doctrinellen Bedeutung im Civilrechte gelangte. Und dieser Maaßstab nun der Bemessung der culpa nach dem individuellen Naturell und Character des Betreffenden ward auch in dem gegenwärtigen Zeitraume in jener altüberlieferten Verwendung bei den arbitria legitima beibehalten, und dies selbst insoweit, als die letzteren daneben auch in bon. fid. actiones umgewandelt und in den Formularproceß übergeleitet wurden.[1385]) Dahingegen bei den originären bon. fid. negotia gelangte mit dem gegenwärtigen Zeitraume eine jüngere Anschauung über die Bemessung der

---

1383) Alf. 3 Dig. bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 23) s. § 89 unter 2 b.

1384) Serv. bei Alf. 2 Dig. (D. XXXIX, 2, 43. § 1), bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15. § 2) und bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.); Alf. 2. 3 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 27. fr. 30. pr. § 1) und bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33); vgl. § 89 unter 2 d.

1385) Den Beweis ergeben die der nächsten Periode angehörigen Citate in A. 1273; vgl. § 141.

culpa oder Verschuldung zur Geltung, dergemäß diese letztere nach dem abstracten Maaßstabe des normalen paterfamilias abgeschätzt wurde.[1386])

Und indem hierdurch der Wissenschaft die Anregung zu eingehenderen theoretischen Untersuchungen über die Art- oder Gradunterschiede innerhalb solcher culpa gegeben wurde, so gewann diese Anregung namentlich in Folge eines dreifachen Momentes höchst bedeutend an Gewicht: theils nämlich durch den Umstand, daß für die verschiedenen Vorkommnisse der widerrechtlichen Schädigung ein verschiedener Grad der Verschuldung als relevant anerkannt wurde: insofern bei mora, bei Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte und bei der reticentia der jüngsten Rechtsordnung (A. 1378) jedwede Verschuldung als relevant anerkannt wurde, während bei der reticentia der früheren Rechtsordnung (A. 1377) und bei Verweigerung der stipulatio simplae vel duplae, ebenso wie bei dolus malus und vis der Dolus insbesondere erforderlich war; sodann ferner in Folge des bei der reticentia der jüngsten Rechtsordnung maaßgebenden Gesetzes, daß mit dem verschiedenen Grade der Verschuldung ein verschiedenes Maaß der Verhaftung für Schadenersatz verknüpft war (A. 1378); wie endlich auch in Folge zwar nicht der Vermehrung der Zahl der bon. fid. negotia, da vielmehr bei allen diesem Zeitraume angehörigen derartigen Rechtsverhältnissen die Haftung des Contrahenten durchaus gleichmäßig auf die betreffenden Grade der Verschuldung sich erstreckte, wohl aber in Folge des Umstandes, daß auch auf die beiden pacta praetoria des commodatum und depositum die Untersuchungen über den Grad der Verhaftung des Contrahenten mit erstreckt und hier nun wiederum ein verschiedener Grad solcher Verhaftung statuirt wurde. Indem daher alle diese Thatmomente die Theorie auf doctrinelle Untersuchungen über die Beschaffenheit und Gradunterschiede der Verschuldung hinwiesen, so fand nun die Rechts-

---

1386) Daß insbesondere die societas keine Ausnahme bildet, ergeben Cels. 7 Dig. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 52. § 2), Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2), 29 ad Sab. (D. L, 17, 23.) Erst in der nächsten Periode tritt die Tendenz hervor, auch auf die originären bon. fid. negotia wieder den Maaßstab der culpa in concreto zu übertragen: A. 1737.

wissenschaft in dem Criminalrechte eine Ordnung vor, welche unterhalb der culpa im Allgemeinen als deren besondere Arterscheinungen den widerrechtlichen Vorsatz: die scientia oder prudentia, das sciens dolo malo oder sciens prudensque, sowie die Fahrlässigkeit: die inscientia oder inprudentia, das insciens imprudensque unterschied.[1387]) Und diese Terminologie kehrt nun auch in Vertretung beider Begriffe in dem Rechte der reticentia wieder und zwar ebenso in der älteren,[1388]) wie aber auch in deren jüngster Rechtsordnung, und ward hier nun in der gewohnten tralaticischen Manier der römischen Jurisprudenz auch auf die späteren Perioden überliefert.[1389]) Jene Untersuchungen selbst aber über das Wesen der Verschuldung setzten innerhalb des Civilrechtes ebenso bezüglich des damnum iniuria datum, wie bezüglich der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte ein, und führten hier nun zur Ausbildung einer neuen und ganz veränderten Terminologie: ausgehend von Qu. Mucius Scaevola Pont. (gest. 671) ward für den widerrechtlichen Vorsatz die Bezeichnung dolus malus und später dolus schlechthin allgemein adoptirt, während für die verhaftbare Fahrlässigkeit der Ausdruck culpa aufgenommen, dagegen zur technischen Bezeichnung der Verschuldung der Ausdruck noxia im Rechte recipirt ward.[1390]) Und so nun gab Qu. Mucius zunächst eine

1387) Voigt, Bedeutungswechsel 32 fg.

1388) Cic. de Off. III, 16, 65: si venditor sciisset; s. A. 1377.

1389) Trebat. bei Marc. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45): si ignorans emerit; Serv. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 1): si sciisti, si ignorasti; Ofil. bei Ulp. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 38. § 7): si venditor scit. Und so nun nach der tralaticischen Manier der röm. Fachwissenschaften auch bei den Späteren: Lab., Sab. und Cass. in Ulp. 32 ad Ed. cit., Jul. 15 Dig. bei Marc. 4 Reg. cit. und bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.), Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 6, 9) u. a. m.: § 87 unter III. Daneben steht die jüngere Terminologie z. B. bei Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 5).

1390) Voigt, a. O. 53 fg. 16 fg. 129 fg. 157 fg. Ganz andere Ansichten über den im röm. Rechte bezüglich der obigen Begriffe sich vollziehenden Proceß sprechen aus A. Pernice im Litter. Centralblatte 1873. Sp. 81 und Ihering, Schuldmoment 22, welcher letztere dahin sich äußert: „in wie weit die ersten Keime dieser Begriffe (mala fides, dolus, culpa, mora) schon dem älteren Recht zuzuweisen sein mögen, läßt sich nicht bestimmen; so viel ist aber außer allem Zweifel, daß es nur höchst dürftige Ansätze gewesen sein

Definition des mit dem Worte culpa neu verknüpften Begriffes der Fahrlässigkeit, nach Paul. 10 ad Sab. (D. IX, 2, 31) dahin

---

können. Man braucht nur einen Blick in die Quellen zu werfen, um sich zu überzeugen, daß jene Begriffe selbst im Zeitalter der klassischen Jurisprudenz noch im Fluß begriffen waren: herrschten doch sogar über Hauptfragen noch Meinungsverschiedenheiten"; dagegen Pernice faßt seine Ansicht dahin zusammen: es „geht in der Rechtswissenschaft, wie allenthalben, die Veränderung der Terminologie Hand in Hand mit der Umgestaltung, will sagen schärferen Ausprägung der Begriffe selber." Dem nun stelle ich folgende Thesen gegenüber: 1. die juristisch technischen Begriffe waren dem ältesten Rechte in vollster Klarheit und Deutlichkeit ihres Denkgehaltes überliefert: das Wort war Träger eines durchaus klar und deutlich definirten Begriffes, ja es konnte auch einen solchen allein die leg. a., abgesehen von dem arbitrium, vertragen. Und dem entsprechend lassen die so zahlreichen, bis in die älteste rechtsgeschichtliche Periode zurückgehenden Ueberlieferungen der dem fraglichen Ideenkreise angehörigen Worte nirgends die bezüglichen Begriffe in unvollkommenem und unausgebildetem Zustande und als etwas Embryonenartiges erkennen; ja es weist sogar die vergleichende Sprachforschung weit über jenen Zeitraum zurück und bereits innerhalb des gräco-italischen Sprachfonds eine solche Fülle von Synonymen und nahe verwandten Begriffen nach, daß wir nur mit Bewunderung jenen hohen Grad der Fertigkeit von Intuition und Reflexion würdigen können, die den Arier befähigte, die feinsten Nüancirungen der Begriffe ebenso zu erfassen, wie durch entsprechende Worte auszuprägen. Demnach aber ist die Vorstellung unrichtig, es habe das Denken der ältesten historischen Zeiten in einem Nebelmeere unklarer Begriffe sich bewegt, es habe insbesondere auch das älteste röm. Recht mit unentwickelten und der realen Bestimmtheit ermangelnden Begriffen operirt, und es sei endlich die Abklärung der von denselben getragenen allgemeinen Vorstellungen das Product einer jüngeren historischen Periode, so daß der Begriff innerhalb des Römischen einen eigenen historischen Entwickelungs- und einen allmähligen Cristallisations-Proceß durchlaufen habe. Vielmehr stehen im großen Ganzen die Begriffe fix und fertig auf der Schwelle der Geschichte. Wohl aber 2. vollzieht sich, mit aller wünschenswerthen Deutlichkeit erkennbar, eine Wandelung in dem Terminologischen: in Folge von äußeren Veranlassungen, die vornämlich in der geschichtlichen Entwickelung des Rechtes gegeben sind, löst mehrfach der Begriff sich ab von dem Worte, durch welches er von Alters her repräsentirt ward und geht eine gleiche Verbindung ein mit einem anderen Worte, welches bisher Träger eines anderen Begriffes war; sodann 3. werden im Laufe der Rechtsentwickelung die gegebenen Begriffe technisch mit anderen Begriffen neu zu Urtheilen verknüpft und so neue normative Rechtssatzungen geschaffen; und nicht minder 4. werden den Rechtssätzen, in denen die betreffenden Begriffe verwendet sind, neue that-

lautend: culpa est, quod, quum a diligente provideri potuerit, non est provisum aut tum denuntiatum est, cum periculum evitari non potest, wodurch die culpa einestheils, indem sie als Verletzung der von dem diligens homo zu beobachtenden Voraussicht hingestellt ist, nach einem abstracten Maaßstabe des Verhaltens bemessen, somit als sogenannte culpa in abstracto gesetzt, und anderntheils wiederum als Vernachlässigung der obliegenden diligentia bestimmt wird, demgemäß nun Qu. Muc. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2), sowie Alfen. 2 Dig. (D. XVIII, 6, 11) culpa und diligentia gleich als pflichtwidriges und pflichtmäßiges Verhalten verbinden, neben welchem letzteren dann noch, wie Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 6) bekundet, auch die custodia (A. 1016) von den Veteres in Betracht gezogen ward. Und dieser Begriff der culpa, der so nun den Gegensatz zum dolus malus bildet, ward denn auch ebenso für die formula petitoria (A. 1579), als vornämlich auch für die Lehre von der verschuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte verwerthet, indem, wie obbemerkt, diese Doctrin auch auf die pacta praetoria des commodatum und depositum übertragen und hier nun durch einen Grundsatz geregelt ward, welchen Qu. Mucius aufstellte und nach Maaßgabe von Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2) dahin formulirte: ubi utriusque utilitas vertitur, et dolus [malus] et culpa praestatur, subi unius solius utilitas vertitur, dolus malus solummodo

---

beständliche Verhältnisse subsumirt. Und indem diese beiden Momente die rechtshistorische, wie dogmengeschichtliche Function und Verwendung des Begriffes fixiren, so können dieselben 5. auf dessen logischen Gehalt, wie Sphäre einen rückwirkenden Einfluß ausüben, ja in vereinzelten Fällen selbst zur Umgestaltung desselben führen, die jedoch nicht eine Bestimmung des bis dahin Unbestimmten, sondern eine durch die Umgestaltung des Rechtes bedingte Neubestimmung ist. Endlich 6. verwendet das Recht nach § 66 auch Begriffe, deren logischer Inhalt oder Umfang nicht eine absolute, sondern lediglich eine relative Bestimmtheit in sich trägt und denen gegenüber nun die röm. Rechtswissenschaft die Aufgabe sich stellt, durch ein Operiren namentlich mit den Mitteln der Casuistik einen endgültigen Abschluß der Sphäre solchen Begriffes für das Juristische zu gewinnen. Die ersten beiden Punkte sind erörtert in Voigt, Bedeutungswechsel, während die letzten vier Punkte der Aufgabe des gegenwärtigen Bandes anheimfallen.

praestatur], und welchen die Theorie allgemein adoptirte, wie sich ergiebt aus Alf. 5 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 31): in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi. Sonach ist daher in dieser Beziehung ein verschiedener Grad der Verhaftung für die beiden Contrahenten statuirt (A. 1025—28), wogegen bei allen diesem Zeitraume angehörigen bon. fid. negótia: bei emtio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, neg. gestio und pigneris datio durchaus gleichmäßig den beiden Contrahenten die gleiche Verhaftung für Dolus, wie für Culpa auferlegt ist: Alf. 3. 5 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 30. § 2. fr. 31. XIII, 7, 30. vgl. A. 1020—24. 1029. 1030).

Andrerseits tritt bereits jetzt vereinzelt die in der nächsten Periode allgemeiner verfolgte Tendenz (A. 1732 fg.) zu Tage, auch auf die arbitria legitima jenen neuen Maaßstab der Bemessung der culpa überzutragen, wie solches Ofil. bei Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 18. § 1) bekundet.

Auf den Maaßstab endlich für Bemessung des Schadenersatzes, welcher bei der bon. fid. a. in obiger Function als Schädenklage zur Anwendung gebracht wurde: das quanto minoris est, ist in § 124 unter II im Besonderen zurückzukommen, wohingegen als maaßgebend für Fixirung vom pecuniären Status des Vermögensschadens ebenso der Zeitpunkt des Richterurtheiles, wie der Ort der Klagerhebung in § 72 unter 1b und § 86 unter A 3 dargelegt ist.

§ 113.

Fortsetzung.

Die verschiedenen Functionen der bon. fid. actiones.

Eine dritte Function der bon. fid. a. ist die einer Bereicherungsklage, als welche dieselbe im gegenwärtigen Zeitraume in zwiefacher Verwendung auftritt: gerichtet auf Restitution einestheils des von der res debita gezogenen, nicht vertragsmäßigen Zwischengewinnes, wie anderntheils der auf dieselbe verwendeten impensae necessariae, wofür in ersterer Beziehung ebenso die arbitria legitima (§ 102 unter 5), wie auch die a. redhibitoria (§ 110

unter D a 2), in letzterer Beziehung aber die a. redhibitoria (§ 110 unter D b 2) das maaßgebende Vorbild boten.

Und zwar war zunächst bezüglich des Zwischengewinnes die maaßgebende Rechtsordnung zusammengefaßt in einer Parömie, auf deren Fassung: commodum eius est, cuius incommodum est Ter. Hec. V, 3, 42 hinweist (s. § 101), deren ältere technische Fassung aber doch wohl lautete: commodum eius est, cuius periculum est (A. 1379). Indem daher in diesem Satze die Verknüpfung vom Erwerbe des commodum mit der Tragung des periculum nicht in der Denkform beschieht, daß zwischen beiden Verhältnissen eine durchaus gleichmäßige Wechselbeziehung statuirt würde in der Weise, daß beide einander gleichmäßig bestimmten und beeinflußten, als vielmehr in der Denkform, daß die Ordnung bezüglich der Tragung des periculum als das bereits gegebene und somit ebenso bekannte, wie bestimmende Verhältniß hingestellt wird, an welches dann die maaßgebende Ordnung für den Anspruch auf das commodum folgeweise sich anknüpft, so tritt nun in dieser Parömie die Rechtsordnung bezüglich des periculum ebenso als die theoretisch principale, wie historisch frühere auf, während die Ordnung bezüglich des commodum als die theoretisch accessorische, wie historisch jüngere sich darstellt. Im Uebrigen aber ergiebt die Darlegung von § 112, daß in dogmatischer Beziehung in dem fraglichen Grundsatze eine gewisse Inconsequenz sich ausprägt, insofern die Rechtstheorie die im Falle der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution eintretende Ordnung principaliter an die Verhaftung für Dolus und Culpa anknüpfte und hierdurch nun gleich als einfache Consequenz die im Falle des casus eintretende Ordnung ohne Weiteres gegeben war, während wiederum hier, bei der Frage wegen Zuweisung des commodum, nicht die Nichtverhaftung des Mitinteressenten wegen Mangels von Dolus und Culpa, sondern die eigene Belastung mit dem periculum als die maaßgebende Ordnung gesetzt ist. Allein solche Unebenmäßigkeit erklärt sich daraus, daß jene erstere dogmatische Ordnung von der Rechtswissenschaft ausgeht, während der obige Satz dem Fonds der von dem Volke geschaffenen ethischen Parömieen entlehnt war (§ 101).

Der Zwischengewinn an sich aber wird in dem ädilicischen Edicte umschrieben durch die Clausel: sive quid ex eo (sc. man-

cipio) post venditionem natum, adquisitum fuerit — — sive quid ex ea re (sc. emtione mancipii) fructus pervenerit ad emptorem und somit in die drei Unterarten zerlegt des partus ancillae, der acquisitio per servum facta und des fructus, qui ex emtione pervenit, so daß somit zwar der Ausdruck fructus der XII Tafeln d. i. der Nutzgewinn im Allgemeinen (A. 1156) beibehalten, daneben aber auch wiederum der partus ancillae und der Erwerb durch den Sclaven gleich als die wichtigsten Sondervorkommnisse desselben besonders hervorgehoben sind, immerhin aber diese Fassung des Edictes beweist, daß in der Mitte des 6. Jahrhunderts der technische Ausdruck omnis causa oder causa rei noch nicht gebildet war (A. 1743).

Nach Alle dem aber ergiebt der obige Rechtssatz die Ordnung, daß, indem bei Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte der Debitor beim bon. fid. negotium für Dolus und Culpa verhaftet ist, der Creditor dagegen das periculum: das Risico für den Zufall trägt, dem Letzteren nun diejenige Bereicherung zukommt, welche der Debitor nach Begründung der Obligation mittelst der res debita erlangte, ohne daß vertragsmäßig demselben solcher Gewinn überwiesen war, sei es nun, daß solche Bereicherung in fructus oder accessio der res debita oder aber bei eingetretener Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution in einem sonstigen mittelst der res debita gemachten Gewinne bestehe (§ 89). Lediglich bei emtio vend. eines nachher confiscirten Objectes und bei locatio cond. rei greift nach § 112 insofern eine andere Ordnung Platz, als hier der Debitor auch das periculum trägt und hier daher diesem, nicht aber dem Creditor jener Zwischengewinn, obwohl mit Ausnahme der vertragsmäßig dem conductor zukommenden fructus rei conductae, zufällt.

Dagegen ist der obige Rechtssatz bereits nicht mehr vollkommen ebenmäßig für die beiden pacta praetoria des commodatum und depositum, insofern hier, wo der Commodant und Depositar für Dolus allein, nicht aber auch für Culpa verhaftet sind, neben die Nichtverhaftung wegen Zufall auch noch die Nichtverhaftung wegen Culpa tritt, die in dem periculum esse dem Worte nach nicht mit inbegriffen ist.

Sodann als Klage wegen der auf die res debita aufge-

wendeten impensae necessariae gewinnt die bon. fid. a. eine Function, welche dem arbitrium legitimum noch völlig fremd, wohl aber bereits in dem ädilicischen Edicte der a. redhibitoria beigelegt ist in der Clausel: Si quas accessiones ipse (sc. emptor) praestiterit, ut recipiat (sc. a venditore), worin somit solche Impensen als accessiones bezeichnet sind (A. 1360). Und zwar wird bei wesentlich zweiseitigen Contracten, somit bei den ältesten bon. fid. negotia: bei emtio vend., locatio cond. und societas solche Function von der a. directa übernommen, daher z. B. bei emtio vend. der Verkäufer mit der a. venditi die auf das Kaufobject verwendeten Impensen einklagt,[1391]) während bei den jüngeren: den unwesentlich zweiseitigen bon. fid. negotia: mandatum, neg. gestio und pigneris datio in Ermangelung einer a. directa eine eigene contraria als Impensenklage geschaffen worden ist, wohingegen wiederum von denjenigen bon. fid. negotia, welche, von Alters her arbitria legitima, später zugleich in den Formularproceß übergeleitet waren, nur für die Tutel eine a. contraria von dem Prätor proponirt wurde.[1392]) Und jene zwiefache Ordnung nun der Verfolgung der Impensenforderung durch a. directa, wie contraria ist es, welche zusammengefaßt wird von

Qu. Muc. bei Cic. de Off. III, 17, 70: in his (sc. arbitriis, in quibus additur „Ex fide bona": tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis, venditis, conductis locatis) magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque[1392a]) essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret; vgl. Cic. Top. 17, 66.

Die practische Bedeutung aber solcher Function der bon. fid. a. als Impensenklage lag darin, daß in Folge dessen die Compensation nicht, wie bei den arbitria legitima, an die Hauptklage und die defensive Geltendmachung in solcher nothwendig gebunden, vielmehr zu selbstständiger processualischer Durch-

---

1391) Trebat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 22). Sex. Aelius Catus und C. Livius Drusus in A. 1373.

1392) S. A. 1268. Dieselbe ist bekannt dem Lab. bei Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 4, 3. pr.).

1392a) Die einzige Ausnahme unter den aufgezählten bon. fid. negotia, die allein jenes pleraque rechtfertigt, ergiebt die fiducia: A. 1268.

führung in Form einer Widerklage frei gegeben und so nun dem Beklagten die Möglichkeit eröffnet war, die in der Hauptklage geleistete Zahlung noch nachträglich ganz oder theilweise als indebite solutum insoweit zurückzufordern, als durch Gegenanspruch wegen Impensen jene Zahlung als indebitum sich qualificirte.[1393])

Was aber insbesondere die Modalität der Berechnung der Bereicherung anbetrifft, so ist darauf bei A. 1466 zurückzukommen.

Endlich übernimmt die bon. fid. a. auch noch die Function, als Organ der beiderseitigen Partei-Interessen zu dienen (§ 90), ein Verhältniß, welches selbst wiederum in einer dreifältigen Modalität sich verwirklicht. Denn zunächst ergiebt bei gewissen bon. fid. contractus: bei emtio vend., locatio cond. und societas die darin ausgeprägte volkswirthschaftliche Proportion der pecuniären Interessen für jeden der beiden Interessenten principale Rechtsansprüche, so daß insoweit solche Zweiseitigkeit eine durchaus essentielle ist, zur Wechselseitigkeit principaler Forderungen sich gestaltend. Und diese Zweiseitigkeit nun, welche eine prärogative Eigenthümlichkeit der bon. fid. a. ergiebt und insbesondere auch dem legitimum arbitrium durchaus fremd ist, da hier die Doppelseitigkeit der a. familiae herciscundae und communi dividundo, wie in der a. finium regundorum in ihrer späteren Gestalt doch von wesentlich anderer Beschaffenheit ist, begründet nicht allein für Jeden der beiden Interessenten eine a. directa, sondern greift auch in Folge des für jene beiden Forderungen gesetzten Successionsverhältnisses in die Sphäre der einzelnen a. directa über. Denn indem bei emtio vend. und locatio cond. die bürgerliche Sitte die zeitliche Folge je der beiden Prästationen als Vor- und Nachleistung bestimmte, und diese Reihenfolge zugleich maaßgebend war für die Aufeinanderfolge, in welcher die betreffenden actiones directae anzustellen sind, so ließ nun trotz der theoretischen Selbstständigkeit der beiden actiones directae um dieser successiven Bezüglichkeit willen die eine Klage practisch nicht isolirt und abgelöst von dem gegnerischen Forderungsrechte sich behandeln, so daß z. B. in die a. ex empto vendito des Verkäufers auf Solution des pretium die Frage

1393) Vgl. Pomp. 25 ad Ed. (D. XVI, 2, 3).

wegen des Vollzuges der Kauftradition mit Hereingriff in der Weise, daß der Beklagte die noch nicht beschehene Contractserfüllung Seitens des Klägers defensiv zu seinen Gunsten geltend machen konnte, wogegen allerdings der Abkäufer auch vor erfolgter Preiszahlung auf Tradition klagen konnte, ohne eine entsprechende Einrede befürchten zu müssen.[1394])

Sodann gewinnt aber auch jene Zweiseitigkeit die gleiche Ausprägung, wie bei dem arbitrium legitimum: theils in der Zulassung des auf die Postulate der aequitas bezüglich der ungerechtfertigten Vermögensschädigung oder Bereicherung gestützten, connexen Gegenanspruches zu defensiver Geltendmachung, wodurch es insbesondere auch in die Hand des Beklagten gelegt wird, die a. contraria mit der a. directa des Gegners zum einigen Processe zu verbinden,[1395]) theils in der Berücksichtigung des bei dem Haupt- oder bei dem Gegenanspruche nach Maaßgabe jener Postulate der aequitas collidirenden gegnerischen Interesses, welches ebenfalls defensiv als Einrede geltend gemacht wird, und worunter nun nach § 112 insbesondere auch die exc. pacti de non petendo, wie replicatio pacti de petendo, wie andrerseits auch wieder nach § 117 die Replik der Rechtswidrigkeit solcher Verträge fällt.

So daher ergiebt solche Zweiseitigkeit der bon. fid. a. in entsprechender dreifältiger Richtung zu Gunsten des Beklagten eine Defension durch Einrede. Und alle diese Einreden nun sind hinsichtlich ihrer Geltendmachung im Rechtsstreite nicht auf die Vermittelung der exceptio im processualischen Sinne angewiesen: denn in der That fehlt von Vorn herein alle und jede entsprechende exceptio, und erst in der Kaiserzeit wird solche aus der zu Ausgang dieser Periode proponirten exc. doli mali entwickelt (§ 132), vielmehr ist für jene Einreden die defensio ipso iure frei gegeben,

---

1394) Varr. RR. II, 2, 6. und dazu Beil. XXI A. 92. Und so nun auch noch zu Beginn der Kaiserzeit: Jul. 54 Dig. (D. XIX, 1, 25); Gai. IV, 126a. Carac. im C. Just. VIII, 45, 5; vgl. A. 1091. Ebenso ordnet sich diesem Gesichtspunkte unter Lab. 4 Post. (D. XIX, 1, 50): bona fides non patitur, ut, cum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur et re sua carere. Wegen des späteren Rechtes vgl. A. 1092.

1395) Vgl. Ulp. 10. 36 ad Ed. (D. III, 5, 8. § 2. XXVII, 4, 1. § 4).

eine Ordnung, die namentlich in den Sentenzen: officio iudicis bon. fid. actionis exceptio continetur oder bon. fid. iudicio exceptio inest zusammengefaßt ward (A. 1088 fg.). Solche Ordnung aber fand wiederum ihre theoretische Grundlage und Rechtfertigung in der Klagformel mit ihrem Quidquid parret ob eam rem Numerium Neg. Aulo Ag. dare facere oportere ex fide bona, eius — condemnato; denn indem hierin dem Beklagten ein dare facere insoweit angesonnen wird, als das Gebot der bona fides reicht, und indem somit solche Verpflichtung des Beklagten insoweit gar nicht Platz greift, als die Anforderung des Klägers selbst der bona fides widerstreitet, da die bona fides das, was sie dem Kläger als Recht nicht zuspricht, auch dem Beklagten nicht als Verbindlichkeit auferlegt, so enthalten nun alle die obigen Einreden, indem sie die Gebote der bona fides zu Gunsten des Beklagten geltend machen, zugleich eine Negation des vom Kläger behaupteten dare facere oportere ex fide bona: das Anführen, daß eine Verletzung der fides bona überhaupt nicht vorliege, und fallen nun damit ohne Weiteres in die Sphäre der defensio ipso iure.[1896]) Allein andrerseits reicht wiederum — und diese Beschränkung ist ebenso significant, wie consequent — solche defensio ipso iure gegenüber der bon. fid. a. genau nur soweit, als die Function dieser Klage selbst sich erstreckt, während darüber hinaus selbst die Postulate der aequitas zu ihrer defensiven Geltendmachung des Mittels der exceptio bedürfen (§ 90 unter I B).

Jene Ordnung selbst aber der defensio ipso iure gewinnt in practischer Beziehung den doppelten Effect, daß einmal die bezügliche Einrede, weil unabhängig von einer selbsteigenen Clausel der formula, auch dann, wenn in iure nicht vorgeschützt, in iudicio geltend gemacht werden kann, und somit insbesondere auch die

---

1896) Vgl. Keller, Civ. Pr. § 35: „wogegen eine exc. doli ganz überflüssig, ja widersinnig wäre gegenüber einer a. pro socio, mandati, venditi, und dergl., indem hier schon die actio nur das zur Condemnation verweist, was Treu und Glauben gebieten, also gewiß von selbst Alles ausschließt, was nur durch Dolus verlangt werden könnte." Wegen der sog. exc. non adimpleti contractus insbesondere vgl. dens. in Jahrb. f. gem. deutsch. Rt. IV, 337 fg. Im Allgemeinen s. Birkmeyer, Exceptionen § 17.

erst nach der Lit. Cont. erworbene Einrede noch Effect gewinnt;[1397]) und sodann daß die Einrede nicht nothwendig, wie die exceptio, die Klage vollständig elidirt, sondern auch, so namentlich die Compensations-Einrede, nur das Klagobject vermindernd wirken kann (A. 1266).

So aber prägen sich in dem bon. fid. negotium die in § 82 dargelegten Grundsätze der aequitas allseitig aus: indem die bon. fid. a. berufen ist, das Princip des nemo cum damno alterius locupletior fieri debet zu verwirklichen, so beschieht solches ebensowohl zu Gunsten des Klägers: die aequitas begründet für diesen die bon. fid. a. zur Verfolgung der durch die bona fides nach Maaßgabe jenes Principes demselben zugebilligten Ansprüche, als auch zu Gunsten des Beklagten: die aequitas begründet für diesen die defensio ipso iure zur Geltendmachung der nach der bona fides auf Grund jenes nämlichen Principes demselben zuständigen Gegenansprüche; und während in der ersteren Beziehung die civilrechtliche Eigenthümlichkeit der bon. fid. a. nur eine stoffliche ist, beruhend auf der Besonderheit der Postulate der aequitas, so ist dieselbe in der letzteren Beziehung zugleich eine methodische, beruhend darauf, daß der Gegenanspruch ipso iure eine Einschränkung des Voranspruches ergiebt und so mit jenem in einem einigen Rechtsstreite zum Austrage gebracht wird. Oder mit Einem Worte: die aequitas erlangt Geltung nicht bloß zu Gunsten des Klägers, sondern gleichmäßig auch zu Gunsten des Beklagten: dort ein Klagrecht ebenso begründend, wie beschränkend, hier aber eine Einrede gewährend.

Während so daher die bon. fid. a. eine Wechselseitigkeit in Geltung der aequitas ergiebt, begründet dieselbe aber auch die stricteste Zweiseitigkeit in deren Geltung, insofern jeder Interessent die bona fides ebenso vom Gegner fordern darf, wie selbst diesem gegenüber zu beobachten hat, demgemäß aber Voranspruch, wie Gegenanspruch, Befugniß, wie Verbindlichkeit ein Jedes für sich nach den Postulaten der bona fides ebenso zu Gunsten des Berechtigten, wie zu Gunsten des Verpflichteten beurtheilt und bezüglich seines pecuniären Objectes bemessen wird, somit aber

1397) So z. B. Ulp. 43 ad Sab. (D. XII, 6, 23. § 3) und 4 ad. Ed. in A. 1089.

auch jeder Interessent das collidirende Postulat der aequitas ipso iure zu seinen Gunsten geltend machen darf.

Und auf Grund von Alle dem gestaltete sich nun endlich das Richterurtheil in der bon. fid. a. zu einem boni viri arbitrium (Beil. VII § 23. 25 fg.).

§ 114.

Fortsetzung.

Theorie und Edict über die bonae fidei negotia.

Der interpretative Anknüpfungspunkt für die arbitria honoraria ward in processualischer Beziehung zwar in der a. ex stipulatu gewonnen (§ 109), in civilrechtlicher Beziehung dagegen vornämlich in den arbitria legitima, deren überlieferter normativer Gehalt von Vorn herein auf die Ersteren übertragen ward (§ 110). Dieser Moment an sich aber ist von hoher Wichtigkeit, insofern er das Mittelglied bildet für den historisch so bedeutungsvollen Vorgang, daß, indem man das dare facere oportere ex fide bona mit dem Werthe des quantum aequius melius est dari bekleidete, die fides bona auf die aequitas mit erstreckt und somit die letztere dem Gesetze der ersteren als integrirender Bestandtheil mit eingefügt ward.

Dahingegen für die bon. fid. contractus ward der interpretative Stützpunkt in dem pactum legitimum der XII Tafeln gewonnen: indem jene Contracte von Vorn herein als unsolenne Rechtsgeschäfte auftraten, übereinstimmend hierin mit diesem pactum, so fand darin die Theorie der gegenwärtigen Periode das tertium comparationis, um die ersteren als pacta conventa dogmatisch an das letztere anzuknüpfen, trotz dem daß die Klagbarkeit jener und die Klaglosigkeit dieser doch einen wesentlichen Unterschied zwischen beiden ergab; und zwar bekundet sich diese Thatsache ebenso durch ausdrückliche Zeugnisse, wie durch den Sprachgebrauch der betreffenden Zeiten,[1398]) wogegen wiederum

1398) Beil. XXI § XXIII. Vgl. in letzterer Beziehung noch Veter. bei Pap. 5 Quaest. (D. II, 14, 39): pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere; Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 17. § 2): de pignore iure honorario nascitur pacto actio.

der Ausdruck contractus technisch in der beschränkten Bedeutung des wesentlich zweiseitigen Vertrages im Besonderen verwendet ward.[1399])

Der Gewinn indeß, der aus jener mehrfachen interpretativen Operation für die Theorie und Rechtsbildung sich ergab, war ein äußerst beschränkter: denn indem der a. ex stipulatu die Formel der bon. fid. a. entlehnt ward, so war hiermit allerdings für die Letztere eine formula von vollkommenster Verwendbarkeit und Elasticität gewonnen; allein eine Uebertragung der für die Originalklage geltenden Rechtssätze auf diese Nachbildung selbst erwies sich trotz Alle dem als unthunlich (§ 109 a. E.). Und wiederum, indem die bon. fid. contractus dem pactum legitimum coordinirt wurden, so gewann hiermit die Theorie zwar eine doctrinelle Stellung für diese neuen Gebilde in dem Rechtssysteme, von der nun auch, wie das Contractssystem von Qu. Muc. 'Ορῶν ergiebt (Beil. XXI § XXIII), Seitens der Rechtswissenschaft Gebrauch gemacht wurde; allein andrerseits genügte auch wiederum die hervorgehobene wesentliche Verschiedenheit zwischen beiderlei pacta, um jede weitergreifende und fruchtbarere Consequenz solcher Coordination abzuschneiden. Und so nun erklärt sich auch, daß bereits Serv. Sulpicius Rufus in seinem Obligationen-Systeme jene Einheit des pactum conventum fallen ließ und die bon. fid. negotia dem Gesichtspunkte der contractus consensu nati unterstellte, so dieselben als gesonderte, wie abgeschlossene Gruppe den obligationes re, verbis und litteris natae coordinirend (§ 53 a. E.).

Immerhin aber hat jene Auffassung der bon. fid. contractus als pacta conventa historisch eine sehr hervorragende Bedeutung

---

1399) Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 16, 19): „Actum“ — generale verbum esse, sive verbis, [sive litteris] sive re quid agatur, ut in stipulatione vel [expensilatione vel] numeratione; „contractum“ autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emtionem venditionem, locationem conductionem, societatem; und so noch Aristo, und Maurician. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2), Cels. 3 Dig. (D. XII, 4, 16), Ulp. 6 ad Ed. (D. L, 16, 10), wie bereits Serv. Sulpic. de Dot. bei Gell. IV, 4, 2: contractus stipulationum sponsionumque von der stipulatio und restipulatio (A. 242); und so denn auch das honor. Edict selbst in seiner Pars. IV: de Contractibus: Voigt, Cond. ob. caus. A. 205. Vgl. auch A. 1500.

erlangt dadurch, daß daran der Prätor ein bezügliches Edict anknüpfte, welches nach § 116 in seiner ältesten, vom Prätor C. Cassius Longinus vom Jahre 627 herrührenden Fassung lautete:

Pacta conventa, quae nec dolo malo, nec adversus leges, plebiscita, edicta magistratuum facta erunt, servabo,

und in welches dann der Prätor Cn. Octavius vom Jahre 680 noch die Clausel „nec vi" einschob.

Und zwar indem dieses Edict nach § 117 unter den pacta conventa theils die bon. fid. contractus, theils die pacta adiecta, theils die liberatorischen und processualischen pacta, wie transactio, pactum de non petendo oder auch de petendo, Vereinbarung der Litis Aestimation, wie aber auch die solutio bei den solennen bon. fid. negotia inbegreift; indem ferner dasselbe im Allgemeinen die Rechtsgültigkeit dieser pacta anerkennt („servabo"), im Besonderen aber wiederum die Rechtsungültigkeit derjenigen pacta ausspricht, welche durch Arglist oder Gewalt zu Stande gekommen sind oder eine rechtswidrige Disposition des Mitinteressenten ergeben; so enthält nun dieses Edict eine allgemeine Bestätigung einer Mehrzahl der in § 112 fg. festgestellten Rechtssätze: einerseits correspondirt der von demselben ausgesprochenen Gültigkeitserklärung der pacta conventa ebensowohl die Klagbarkeit der bon. fid. contractus und resp. der pacta adiecta (A. 1368—70), als auch die defensio ipso iure auf Grund Beider (A. 1396), wie auf Grund der liberatorischen und processualischen pacta (A. 1089); und andrerseits wiederum der von dem Edicte ausgesprochenen Rechtsungültigkeit der pacta conventa correspondirt die bei den bon. fid. contractus und deren accessorischen pacta Platz greifende defensio ipso iure wegen dolus malus und vis (A. 1375), sowie wegen Rechtswidrigkeit, Momente, auf welche in § 117 des Näheren zurückzukommen ist.

Nicht minder griff aber auch das prätorische Edict darin in die bon. fid. actiones ein, daß dasselbe auf die letzteren das iusiurandum in litem übertrug. Denn indem der historische Ausgang des Letzteren auf die actiones arbitrariae und somit auf die a. redhibitoria insbesondere zurückzuführen ist, so gelangte nun dasselbe in die bon. fid. actiones auf dem Wege einer Uebertragung, die

auf das prätor. Edict allein sich zurückführen läßt,[1400] und die nun innerhalb des gegenwärtigen Zeitraumes zu dem Zwecke bewerkstelligt wurde, um im Falle der dolosen Verweigerung oder Vereitelung der Solution Seitens des Beklagten dem Richter die Quantificirung des Schadenersatz auf einem zugleich dem Kläger vortheilhaften Wege zu erleichtern (A. 838).

Endlich erfolgte nun auch, wie Gai. III, 180, 181. IV, 106, 107, 114 bekundet, die Uebertragung der für die cond. triticaria gültigen und von hier in den Proceß der lex Aebutia herübergenommenen Rechtsordnung der novatorischen Wirkung der Lit. Cont. bezüglich der litigiösen Forderung auf die bon. fid. actiones, insoweit solche iudicium legitimum begründeten (§ 138). Die Consequenzen aber von solcher Novation sind in einfacher logischer Consequenz die entsprechenden, wie bei der cond. triticaria (§ 98): auf der einen Seite tritt auf Grund der Lit. Cont. das bisherige Debitum aus dem obligatorischen Nexum zwischen dem Creditor und Debitor vollständig heraus; und dies bedingt namentlich daß vor Allem die spätere Solution den Debitor nicht mehr liberirt und dessen Condemnation nicht abwendet (Gai. IV, 114), vielmehr die Solution nur nach dem Gesichtspunkte eines pactum in foro conventum, somit auf Grund besonderer, in iudicio abgeschlossener Vereinbarung mit dem Kläger und demnach nicht ohne Einverständniß des Letzteren liberatorischen Effect gewinnen kann; sodann daß die spätere casuelle Vereitelung der Solution, ähnlich

---

1400) Vgl. Schröter in Zeitschr. f. Civilr. und Proc. 1834 VII, 385. Erwähnt wird dasselbe von Cic. p. Rosc. Com. 1, 4: iurare in litem non dubitat. Dazu bemerkt Schmidt, Cic. p. Rosc. Com. in l. c.: miror quod vir ille de Schröter — hunc locum ad iuramentum in litem referre non dubitat; quippe hoc in actione certae pecuniae locum non habere iam vidit Hotomannus. — Equidem cum Passerato facio, qui de deferendo iuramento cogitat. Solches Bedenken ist allerdings gerechtfertigt und diese Erklärung möglich; allein weit näher liegt es noch, in jenen Worten Cicero's eine oratorische Figur: eine tendenziöse Verunglimpfung des Fannius zu erblicken, da Gleiches in 6, 16—7, 21 und 9, 25 hervortritt, wo Cic. tendenziös auf den Character der a. p. socio als famosa hinweist, während doch die von Fannius angestellte certi condictio mit solcher nichts gemein hat. Auf alle Fälle aber berechtigt der von Cic. gewählte technische Ausdruck zu der Annahme, daß die fragliche Institution seiner Zeit bereits geläufig war.

wie in Folge mora solvendi (A. 1391), den Debitor nicht mehr von dem Creditor liberirt und ebensowenig die Condemnation des Ersteren abwendet; sowie endlich daß die Folgewirkungen der etwa verschuldeten Vereitelung der Solution oder mora solvendi für die Zukunft aufhören, ja die dadurch herbeigeführte perpetuatio obligationis selbst (A. 1371) unterbrochen wird. Dagegen tritt andrerseits nunmehr ein neues Debitum in den obligatorischen Nexus zwischen Kläger und Beklagten hinein, dessen öconomischer Gehalt in dem Quidquid dare facere oportere ex fide bona der intentio und condemnatio gegeben ist. Und zwar umfaßt diese Formel, indem derselben von Vorn herein die Bedeutung des quanti ea res erit beigemessen wird (§ 124 unter II), bei nicht vorgängiger mora solvendi das pretium der ursprünglichen res debita, resp. sammt Zugang an omnis causa und dergl. und Abgang an impensae necessariae, bei mora solvendi aber überdem noch den vom Debitor zu erstattenden Schadenersatz (§ 112), während wiederum der öconomische Gehalt jenes quanti res est nach Maaßgabe jener Theorie bemessen werden mußte im Falle der einfachen, nicht qualificirten Nichtleistung der res debita nach den thatbeständlichen Verhältnissen zur Zeit und am Orte des Lit. Cont., da dieselben der alten Obligation angehören, welche ja mit der Lit. Cont. novirt wird und sonach untergeht, dagegen im Falle der mora solvendi electiv nach gleichem Zeitpunkte und Orte oder nach dem Zeitpunkte des Eintrittes der Mora und dem Solutionsorte, endlich bei verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte oder im Falle sonstiger vertretbarer Widerrechtlichkeit nach dem Zeitpunkte solcher Widerrechtlichkeit und dem Solutionsorte (vgl. § 72 unter B 1), insgesammt Bestimmungen, gegen die jedoch bereits zu Ausgang dieser Periode Serv. Sulpicius mit reformirenden Sätzen auftrat (§ 119 a. E.) und die in der folgenden Periode aufgegeben wurden (§ 139).

§ 115.

Die actio ex stipulatu.

Die a. ex stipulatu, sich concipirend auf: Quidquid parret — — dare facere oportere ex fide bona, eius — — condemnato,

ward der gegenwärtigen Periode überliefert in der sehr beschränkten Verwendung bei der cautio rei uxoriae, wie bei der fidepromissio, beidemal gestützt auf eine eigenthümliche Clausel beider Stipulationen, welche dort sich concipirte auf quod aequius melius esset, apud virum remaneret, reliquum dotis restitueretur uxori, hier dagegen auf das Wort fide mea (§ 107). In der gegenwärtigen Periode nun trat nach Beil. XIX § III. IV einerseits eine Verallgemeinerung in der Verwendung der a. ex stipulatu ein: ebensowohl wurde dieselbe nunmehr aus jedweder Stipulation mit doli clausula gegeben, als auch wieder jede Stipulation als geeignet zur Aufnahme solcher Clausel anerkannt ward; und andrerseits nahm wiederum die doli clausula eine verwendbarere Conception an, so namentlich auf dolum malum huic rei promissionique abesse afuturumque esse oder cui rei si dolus malus non abest, non abfuerit, quanti ea res est, tantam pecuniam dari oder ähnlich, wobei man trotz der Beschränkung solcher Clausel in der Conception auf dolus malus (Arglist) die darauf gestützte Klage bei ihrer Conception und Richtung auf die fides bona im Allgemeinen beließ. Insbesondere ward die erstere doli clausula allen praetoriae stipulationes inserirt, so daß die Klage aus solchen selbst dann, wenn die Stipulation auf certa pecunia sich concipirte, a. ex stipulatu und somit incerta war, wie dies auch J. Just. III, 15. pr. bekunden, demgemäß aber auch der bei certi condictio eintretenden poena temeritatis von $33^{1}/_{3}\,\%$ sich entzog (Beil. XIX A. 61). Wohl aber empfing diesfalls die a. ex stipulatu eine auf solche Summe concipirte taxatio, wie dies bezeugt wird durch

Diocl. im C. Just. VIII, 39, 3: super stipulatu tuo adi praesidem provinciae, ut — quantum constiterit interesse tua — dotis portionem — restitutam fuisse, ob incertae actionis effectum concludat condemnationem taxatae quantitatis.

Im Uebrigen aber ward, allerdings erst in der nächstfolgenden Periode, die normale Conception der condemnatio jener Klage in zwei Fällen abgeändert in der Weise, daß das Eius mit einem Quanti ea res erit vertauscht ward, und dies zwar

a. nach dem vorjulianischen Edicte aus dem bei a. iudicati und depensi „recuperatoribus suppositis“ (Gai. IV, 185) in iure bestellten honorarischen vadimonium:

Gai. IV, 186: si quidem iudicati depensive agetur, tanti fiet vadimonium, quanti ea res erit;

Val. Prob. de Not. V § 8: Q. E. R. E. T. P. J. R. D. T. D. D. P. F.: quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat decem denuntiandi potestatem faciam;

b. nach dem edictum perpetuum aus der in iure bestellten cautio iudicio sisti wider den adpromissor:

Gai. 1 ad Ed. prov. (D. II, 8, 3): sive in duplum est actio sive tripli aut quadrupli, tanti eundem fideiussorem omnimodo teneri dicemus, quia tanti res esse intelligitur;

Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 8, 2. § 5): in fideiussorem, qui aliquem iudicio sisti promiserit, tanti, quanti ea res erit, actionem dat praetor.

Die Tendenz aber der doli clausula ist partielle Uebertragung der aequitas auf die Stipulation (§ 136), dementsprechend daher die a. ex stipulatu eine Zwitterbildung von aequitas und rigor ergiebt: dieselbe wird einerseits auf dare facere oportere ex fide bona concipirt, während sie andrerseits als stricti iur. actio anerkannt ward. Und zwar theilen sich bei dieser Klage rigor und aequitas in der Maaße über die Herrschaft, daß das in Worten Verlautbarte dem rigor, das nicht Verlautbarte dagegen der aequitas unterfällt, somit aber die aus den Stipulationsworten sich ergebenden Verpflichtungen dem strictum ius, die darüber hinausliegenden, auf das dolo malo abesse zurückgehenden Verbindlichkeiten dagegen der bona fides unterstellt werden, demnach aber die a. ex stipulatu innerhalb der ersteren Sphäre stricti iuris a., innerhalb der letzteren Sphäre bon. fidei ist. Begründet somit bereits solche extensive Beschränkung des Herrschaftsgebietes der aequitas bei der a. ex stipulatu eine wesentliche Verschiedenheit derselben von der bon. fid. a., so ist solches nur in noch höherem Maaße der Fall hinsichtlich der normativen Wirksamkeit, welche die aequitas erlangt: während die bon. fid. a. als Organ der beiderseitigen Partei-Interessen dient und ebenso den aus der bona fides sich ergebenden connexen Gegenanspruch des Beklagten in sich aufnimmt, als auch bei Haupt-, wie Gegenanspruch das nach Maaßgabe der bona fides collidirende Interesse des Gegners mit in Betracht zieht (§ 113), so fehlt nun bei der a. ex stipulatu

solche Zweiseitigkeit in Geltung und Wirkung der bona fides: indem die doli clausula nur dem Verpflichteten, nicht aber dem Berechtigten den dolus malus untersagt und somit dieselbe nur durch den dolus malus des Ersteren, nicht aber auch des Letzteren verletzt wird, so hat dieselbe demgemäß auch nicht den Effect, in der a. ex stipulatu einem auf der bona fides beruhenden Gegenanspruche des Beklagten Eingang und Effect oder einem mit dem klägerischen Anspruche collidirenden, auf die bona fides gestützten Interesse desselben Geltung zu verschaffen und somit in beiderlei Beziehung die gemeine Rechtsordnung zu Gunsten des Letzteren abzuändern, so daß namentlich die mora accipiendi, wie die Gegenansprüche des Beklagten wegen aufgewendeter Impensen oder wegen einer durch dolus malus oder vis des Klägers erlittenen Schädigung nicht der Wirkungssphäre der doli clausula, als vielmehr der gemeinen Ordnung des Stipulationsrechtes (§ 98) unterfielen, somit aber solche Compensations-Einrede, insoweit zulässig, auch nicht durch defensio ipso iure, als vielmehr nur ope exceptionis zur Geltung gebracht werden konnte.[1401])

Von diesem Gesetze aber ergab keine Ausnahme, daß auf Grund der obigen doli clausula bei cautio rei uxoriae dem Ehemanne ex officio iudicis diejenigen retentiones dotis zugesprochen werden, welche die Volksanschauung oder das Recht dem aequius melius esse apud virum remanere unterstellt, so propter impensas: denn diese Retentionen sind ja doch durch den Wortlaut selbst der Stipulation dem Beklagten reservirt und somit als Vertragsinhalt

---

1401) Vgl. § 132 und jetzt auch Birkmeyer, Exceptionen § 19. Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 15): etsi ex stipulatu actio competat propter doli clausulam, tamen nocere doli exceptionem „Si adversus ea factum erit"; posse enim petitorem, antequam stipulatio committatur, nihil dolo malo fecisse et tunc facere, quum petat; propter quod exceptionem esse necessariam, vgl. Beil. XXI A. 64. Und so im Besonderen Ofil. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 6); Pomp. bei Ulp. 76 ad Ed. und Gai. 29 ad Ed. prov. in A. 1601; Modest. de Diff. dot. in A. 1603; Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 3), Jul. 8 ad Urs. Fer. Ulp. 80 ad Ed. und Paul. 7 Resp. in A. 1609; und so auch wegen casuellen Unterganges der res legata bei cautio leg. Falcid.: Ulp. 79 ad Ed. (D XXXV, 3, 1. § 15); vgl. auch Venul. 12 Stip. (D. VII, 9, 4). — Bezüglich der Theilbarkeit der Obligation auf facere treten dagegen die stipulationes praetoriae auf die Seite der bon. fid. actiones: A. 1228.

schon nach strictum ius in Abzug zu bringen; wohl aber gewinnt solche Ordnung den Character des Exceptionellen von dem Zeitpunkte ab, wo theils an Stelle der obigen speciellen doli clausula die gemeine doli clausula bei cautio rei uxoriae zur Anwendung gelangte, theils neue retentiones anerkannt und der Geltendmachung durch exc doli überwiesen werden, wie propter res donatas.[1402]) Und eine zweite Ausnahme wird sodann aus der Vorschrift des prätorischen Edictes, daß gegenüber der stipulatio praetoria wegen nicht connexer Gegenforderungen die Compensation Platz greife, von der Rechtswissenschaft abgeleitet in dem Satze, daß auch gegenüber der a. ex stipulatu praetorio wegen solcher Gegenforderung die Compensation ope exceptionis doli mali eintrete.[1403])

Dahingegen gewinnt wiederum die doli clausula den Effect, die a. ex stipulatu auf das Fundament der aequitas überzuleiten, in Bezug auf alle diejenigen Verpflichtungen, welche die bona fides dem Verpflichteten und Beklagten auferlegt und die sonach auch durch die bon. fid. a. demselben gegenüber zur Geltung gelangen. Und so daher dient die a. ex stipulatu dem Kläger nicht bloß als Contractsklage auf Erfüllung, sondern nicht minder auch, abweichend von der Ordnung des Condictionenrechtes (§ 98), in der Function ebensowohl einer Schädenklage wegen verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, wegen dolus malus[1404]) und wegen vis, als auch einer Bereicherungsklage auf Restitution des von der res debita gezogenen nicht vertragsmäßigen Zwischengewinnes.

1402) Wegen der retentiones propter impensas vgl. namentlich Paul. 7 ad Sab. (D. XXIII, 4, 5. § 2): si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum, quia tales impensas dotem ipso iure minuunt. Wegen der retentiones propter res donatas vgl. namentlich Marcian. 3 Reg. (D. XXXIII, 4, 5).

1403) Jul. bei Ulp. 63 ad Ed. (D. XVI, 2, 10. § 3) und dazu Beil. XIX A. 65; Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XVI, 2, 5); Venul. 15 Stip. (D. XLVI, 8, 8. § 1).

1404) Vgl. Beil. XIX A. 67; dann Ulp. 29 ad Sab. (D. XXI, 1, 21. pr.). In dieser Function folgt die a. ex stipulatu auch darin dem Gesetze der bon. fid. a. (bei A. 1035), daß sie wegen des dolus malus des Erblassers auch wider den Erben in solidum geht: Pap. 11 Resp. (D. XLV, 1, 121. § 3).

Und zwar, was insbesondere die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution betrifft, so wird die in dieser Beziehung im Condictionenrechte obliegende Haftung für culpa in faciendo durch die obige Rechtsordnung auch auf die culpa in non faciendo erweitert, wogegen die Haftung für casus, ebensowenig wie bei dem bon. fid. negotium, dem Debitor auferlegt ist.[1405]) Und demgemäß fällt denn nun auch entsprechend der beim bon. fid. negotium geltenden Ordnung der Zwischengewinn von der res debita dem Creditor zu:

Pap. 27 Quaest. (D. XXII, 1, 4. pr.): si stipulatus sis: „Rem dari vacuamque possessionem tradi", fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba (i. e. „vacuam possess. tradi") consecuturum te ratio suadet. An idem de partu ancillae responderi possit considerandum est; nam quod ad verba superiora (i. e. „rem dari") pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per traditionem dominii transferendi continent, partus non continetur. — — Sed tamen propter illa verba „Vacuamque possessionem tradi" potest dici partus quoque ratione committi incerti stipulationem; etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset;[1406])

Sev. und Car. im C. Just. V, 18, 1.

Und nicht minder endlich enthält die mora solvendi eine Verletzung der doli clausula, demgemäß die bezüglichen Folgewirkungen beim bon. fid. negotium auch bei der a. ex stipulatu zur Geltung kommen mußten, obwohl, da die letztere auf quanti res est sich richtet (§ 124 unter II), mit Ausnahme der Rechtsordnung, welche dem Debitor den Ersatz des dem Creditor verursachten Schadens auferlegt.[1407])

1405) Ulp. 7. 79 ad Ed. (D. XLV, 1, 69. XXXV, 3, 1. § 15. fr. 3. pr.); Paul. sent. rec. I, 13a, 1; 4. 75 ad Ed. (D. II, 8, 4. XXXV, 3, 2).

1406) Dagegen gehört nicht hierher Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 1): s. A. 1212, daher der von Mommsen, Erörter. I, 34 vorausgesetzte Widerspruch gar nicht obwaltet.

1407) Im letzteren Punkte trat erst in der folgenden Periode eine Aenderung ein: A. 1683 a. Im Uebrigen stehen mir allerdings nur die Zeug-

Dahingegen innerhalb des Processualischen gewinnt die doli clausula keinen bestimmenden Effect: die a. ex stipulatu stellt sich streng auf Seiten der stricti iur. actiones in Bezug auf den Effect der Lit. Cont. und die durch dieselbe bedingte Ausschließung der Zahlung des ursprünglichen Debitum (§ 139 unter c), in Bezug auf die Geltendmachung der Einreden ope exceptionis (§ 132), in Bezug auf das iusiur. in litem (Beil. XIX § IV unter 1) u. dergl. Und damit steht denn auch in Verbindung, daß der condemnatio der a. ex stipulatu, ebenso wie der incerti cond. die Richtung auf das quanti res est beigemessen wird, während die condemnatio der bon. fid. a. auf das quanto minoris allein von der gegenwärtigen Periode beschränkt wird (§ 124 unter II).

Endlich eine ganz besondere historische Bedeutung und Tragweite erlangt der im Obigen hervorgehobene Moment der Umänderung der Conception von der doli clausula. Denn indem einerseits neben die altüberlieferten Clauseln quod aequius melius est und fide mea die Conception auf dolum malum abesse trat, und indem andererseits solcher jüngeren Clausel nicht eine entsprechende intentio auf dare facere oportere sine dolo malo verliehen, als vielmehr die dort überlieferte intentio auf dare facere oportere ex fide bona belassen wurde; indem daher insoweit der dolus malus eine Klage wegen Verletzung der fides bona begründete, so ergab nun solcher Sachverhalt den Schein, als ob dolus malus und bona fides gleich als Verletzung und als Beobachtung des einigen ethischen Gesetzes zu einander sich verhielten und einander sich deckten; oder es bot wenigstens jener Sachverhalt der Interpretatio den Stützpunkt, die bezeichnete Congruenz von dolus malus und fides bona zur Geltung zu bringen. Und dies nun beschah in der That in der nächstfolgenden Periode bezüglich der a. ex stipulatu, wie der bon. fid. a., der arbitria legitima und der exc. doli (§ 132).

---

nisse von Ulp. 78 ad Ed. (D. XLV, 1, 82. § 1) und 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1), wozu vgl. § 84 unter D II, wie von Paul. 4 ad Ed. (D. II, 8, 4), 16 Quaest. (D. XVIII, 4, 21) zu Gebote.

§ 116.

Die actio und exceptio doli mali und quod metus causa. Die Edicte über dolus malus und vis.

Der dolus malus (Arglist) und die vis (Zwang), dafern dieselben die Willensbestimmung beim Rechtsgeschäfte beeinflussen, werden von Vorn herein nicht vom Gesichtspunkte der voluntatis ratio und als Fehler der Willensbestimmung, als vielmehr vom Gesichtspunkte der damni ratio: um der dadurch herbeigeführten ungerechtfertigten Vermögensschädigung willen mit juristischer Relevanz bekleidet, demgemäß nun auch solcher schädigende Effect ein wesentliches Merkmal des bezüglichen Thatbestandes bildet und das Ziel der betreffenden aggressiven Rechtsmittel nicht Nullitätserklärung, sondern, von der restit. in integr. abgesehen, durchaus nur Schadenersatz-Leistung ist (§ 30). Die Rechtsverhältnisse selbst aber, in denen am frühesten dolus malus und vis mit juristischer Relevanz bekleidet waren, sind von Alters her die legitima arbitria, bei denen beide ipso iure ebensowohl solche Klage, wie defensio ipso iure begründen (§ 102); an diese schließen sich sodann in gleicher Modalität, wie mit gleichem Effecte an die bon. fid. negotia (§ 112), während wiederum bei der a. ex stipulatu der dolus malus nur auf Grund der doli clausula und nur klagbegründenden Effect gewinnt (§ 115). Und endlich sind es noch einige specielle Vorkommnisse, in denen der dolus malus Relevanz erlangt [1408]: theils nach der lex Plaetoria vor dem Jahre 545 bei Rechtsgeschäften mit Minderjährigen, wo dadurch eine eigene a. de dolo: das arbitrium, wie auch die exc.

1408) Cic. Off. III, 15 fg. zählt als die Fälle der Relevanz des dolus malus auf theils die a. de dolo des aquilischen Edictes, theils als voraquilisch die a. tutelae, legis Plaetoriae, rei uxoriae, fiduciae; nicht minder die Klagen mit der Formel auf Ex fide bona: die arbitria honoraria und a. ex stipulatu; endlich das Verbot der reticentia bei Verkauf von Grundstücken, wie des ädilicischen Edictes: Beil. II § 2, womit bezüglich des letzten Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 1. § 2) übereinstimmt. Allein die Rechtsordnung der reticentia, wenn immer auch dieselbe practisch gewissen Vorkommnissen des dolus malus entgegentritt, steht theoretisch doch auf anderem Fundamente.

legis Plaetoriae begründet wird,[1409]) theils bei der fiducia und später bei anderweiten bon. fid. negotia mit fremden Gewaltuntergebenen, wo der dolus malus des Gewalthabers wider den letzteren die bon. fid. a. de peculio und de in rem verso mit der Clausel „Praeterea et si quid dolo malo Numerii Neg. captus fraudatusque Aulus Ag. est", somit aber als a. de dolo begründet.[1410])

Diese Relevanz-Sphäre der dolus mal., wie der vis ward nun ganz bedeutend erweitert durch das honorarische Edict, welches auch bei stricti iuris negotia, wie weiterhin bei allen anderen Rechtsacten dieselben reprimirte und welches in dieser Richtung

---

1409) Wegen der a. leg. Plaetoriae vgl. A. 1283. Wegen der exc. leg. Plaetoriae vgl. Cic. de Off. I, 10, 32: illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? quae quidem — liberantur nonnulla legibus, sowie Plaut. Rud. V, 3, 24 fg., wo die Provocation auf die einem Schiedsrichter zu unterbreitende Wette über denjenigen Rechtsgrund mitgetheilt wird, welchen der Provocant einer bezüglichen Klage entgegenstellen könnte, und zwar darüber: ni dolo malo instipulatus sis nive etiamdum [hau] siem XXV annos natus; vgl. Voigt, Bedeutungswechsel A. 55. Das Gesetz selbst brauchte die Ausdrücke dolus malus: Cic. de Off. III, 15, 61: dolus malus erat vindicatus, Plaut. cit.; wie circumscribere: Cic. l. c., und so auch p. Cluent. 16, 46: circumscriptio adolescentium, Phil. XIV, 3, 7: adolescentulos circumscribunt; Juv. Sat. XV, 135: pupillus ad iura vocans circumscriptorem, und so nun auch bei Lab. in Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 16. § 1); Pomp 1 S. C. (D. XVI, 1, 32. pr.); Ulp. 9. 22 ad Ed. (D. IV, 4, 16. § 1. XII, 2, 9. § 4); Paul. 3 ad Plaut. (D. XLIV, 1, 7. § 1), 69 ad Ed. (D. XLVI, 2, 19), 15 Quaest. (D. XLVI, 3, 98. § 2); Herm. 1 Jur. Ep. (D. IV, 4, 17). Dem Allem entsprach die quasi taxatio der intentio: Utine dolo malo tuo captus fraudatusque sim: A. 1285. Wegen des Alters der lex Plaetoria selbst vgl. unten A. 1441.

1410) Beil. XX A. 28 und oben A. 1285. Somit ward demjenigen, der mit dem fremden Gewaltuntergebenen ein bon. fid. negotium abschloß und dadurch dessen Herrn de peculio oder de in rem verso obligirte, dem Letzteren gegenüber die Stellung des Minderjährigen eingeräumt: die arglistige fraudatio (Benachtheiligung) Seitens des Herren begründete die bon. fid. a. de peculio oder de in rem verso und solche Extension der Klage fand processualisch ihren Ausdruck und ihr Fundament in dem obigen Formeltheile. Von Vorn herein griff jedoch solche Ordnung nur bei a. fiduciae Platz: Pomp. bei Ulp. 2 Disp. (D. XVI, 1, 36) und Jul. bei Ulp. 28. 30 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 5. XVI, 3, 1. § 42), bis endlich durch Pomp. dieselbe auf die übrigen bon. fid. negotia extendirt ward.

drei verschiedene Clauseln enthielt, die selbst in dem edictum perpetuum lauten:

Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, decreta (Hal.) principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo: Dig. II, 14, 7. § 7;

Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit[1411]) et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo: Dig. IV, 3, 1. § 1;

Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo: Dig. IV, 2, 1.

Die Fassung aller dieser Edicte gehört indeß erst einer jüngeren Periode an, indem die früheren Redactionen in mehrfachen Punkten abweichend lauteten.

Und zwar zuvörderst ist es bezüglich der ersten beiden Edicte die Erwähnung der fraus neben dem dolus malus, welche in Frage kömmt. Hierfür aber ergeben einen Fingerzeig zunächst das Edict Infamia notatur, welches in seinem bezüglichen Theile im edictum perpetuum lautet:

Qui — — iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: Dig. III, 2, 1

und andererseits wiederum der entsprechende Text der lex Jul. munic v. 709 in C. J. L. I no. 206 lin III, welcher lautet:

Queive iudicio — iniuriarum deve d(olo) m(alo) condemnatus est, erit.

Denn bei der so überaus sorgsamen Redaction, welche den röm. Gesetzen zu Theil wurde (A. 94), ist aus der Fassung der

---

1411) Dementsprechend geht Ulp. in seinem bezüglichen Commentar von dem in Dig. IV, 3, 1. § 2. 3 erörterten Worte dolus in § 4 fg. sofort zu der Clausel si de his rebus alia actio non erit über. Dies ergiebt, daß die von Rudorff, Edict perp. § 39 vorgenommene Einschiebung von fraudisve nach dolo malo für das edict. perpet. zu verwerfen ist. — Die Sentenz bezüglich des Edictes Pacta conventa bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 10): si fraudandi causa pactum factum dicetur, nihil praetor adiicit etc. bezieht sich in Verbindung mit § 11 darauf, daß das Edict nichts besagt von dem pactum, quo fraus cui eorum factum sit, sondern nur von dem pactum, quo fraus fiat. — Wegen der Edicte über dolus malus und vis vgl. Vangerow, Pand. I § 185 A. 1. Schliemann, Zwang § 1 fg. und die das. Citirten.

lex Jul. mun. zu entnehmen, daß im Jahre 709 ebenso das Edict Infamia notatur[1412]) abweichend von der uns überlieferten Fassung, als auch das Edict Quae dolo malo in der uns überlieferten Fassung: auf dolo malo schlechthin und ohne den Zusatz von fraus sich concipirten, ja daß auch das Edict Pacta conventa bei seiner innigen Correspondenz mit dem Edicte Quae dolo malo damals die Clausel neque quo fraus cui eorum fiat noch nicht kannte.

Wohl aber nehmen in der Kaiserzeit diese Edicte einen derartigen Zusatz in sich auf, wie dies bekundet wird bezüglich der Edicte Infamia notatur und Pacta conventa durch deren Fassung im edictum perpetuum, bezüglich des Edictes Quae dolo malo aber ebenso mittelbar durch das Edict Infamia notatur: de dolo malo et fraude damnatus erit, wie unmittelbar durch Val. Prob. de Litt. sing. § 5 no. 5 (Gramm. lat. ed. Keil. IV, 274), der aus dem Edicte die Passage überliefert D. M. F. V. C.: dolo malo fraudisve causa, die, indem sie in das Edict über die a. de dolo allein passend sich einfügt (A. 1411), die entsprechende Conception

---

1412) Das Edict Infamia notatur wird der Republik überwiesen von Marezoll, bürgerl. Ehre 99 fg. 212. Geib, Crim. Pr. 256 (allein doch ohne Beweis), wie von Rasspe, Calumnia 43. Und in der That gehört dasselbe dahin, von Einzelheiten abgesehen. Den Beweis ergeben: 1. Cat. de re Floria bei Gell. IX, 12, 7: qui palam corpore pecuniam quaereret aut se lenoni locavisset, etsi famosus — fuisset, wozu vgl. lex Jul. mun. lin. 123; Cic. p. Rosc. Am. (674) 39, 113: negligentia mandati in crimen iudiciumque infamiae vocatur; 2. Varr. LL. VI, 7, 71 (A. 1204); 3. die Calumniatoren sind zu Cic. Zeit ausgeschlossen von der criminellen postulatio: Cic. p. Rosc. Am. (674) 20, 57; dies aber beruht nicht auf der lex Remmia, sondern ward hergeleitet aus der infamia der Calumniatoren: Cic. in Q. Caecil. (684) 21, 71, wozu vgl. Rasspe, a. O. 62, welche wiederum nicht von der lex Remmia, sondern durch das honorar. Edict (Dig. III, 2, 1) ausgesprochen war: Rasspe, a. O. 43. 60 fg. 4. die Gründe der Ausschließung von der criminellen accusatio wurden von August zusammengefaßt in seiner lex publicorum: Venul. 2 de iud. publ. (D. XLVIII, 2, 12. § 2), Macer 2 de iud. publ. (D. cit. 8), Ulp. 2 de adult. (D. cit. 4, wo die Worte der lex Julia noch durchklingen); indem dagegen der lex privatorum v. 737 eine derartige Bestimmung bezüglich der civilproceſſualischen postulatio fehlt, wie dies das Stillschweigen der Quellen und insbesondere Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 1, 1. § 8) erkennen läßt, so kann der Grund dafür nur darin gefunden werden, daß ein feststehendes, tralaticisches Edict solches überflüssig machte.

des vorjulianischen Edictes bekundet. Der Zeitpunkt selbst aber, wo solcher Einschub der fraus in jene Edicte erfolgte, ist das Zeitalter Augusts, da von da ab fraus seine Verwendung in der dort maaßgebenden Bedeutung von Benachtheiligung verliert. [1413]) Somit aber ergeben alle diese Momente eine dreifache Conception der fraglichen Edicte Pacta conventa, Quae dolo malo und Infamia notatur: in ältester und zwar voraugusteischer Zeit concipiren sich dieselben auf dolus malus schlechthin und ohne den Zusatz von fraus;

in der augusteischen Zeit nehmen dieselben den Zusatz, die fraus betreffend, auf;

in der julianischen Redaction endlich wird dieser Zusatz wiederum getilgt in dem Edicte Quae dolo malo, dagegen inconsequenter Weise stehen gelassen in den Edicten Pacta conventa und Infamia notatur (A. 1413).

Sodann ein zweiter Punkt betrifft die für das Edict Pacta conventa bekundete Verbindung von vis mit dolus malus, worauf sich bezieht:

Cic. de Off. (v. J. 710) III, 24, 92: pacta et promissa semperne servanda sint „Quae nec vi nec dolo malo", ut praetores solent, „facta sint"; wozu vgl. I, 10, 32: illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? Quae quidem pleraque iure praetorio liberantur, nonnulla legibus; 13, 41: cum duobus modis id est aut vi aut fraude fiat iniuria,

und woraus sich nun ergiebt, daß jenes Edict zu Cicero's Zeit sich concipirte auf: Pacta conventa, quae nec vi nec dolo malo nec adversus leges etc.

Andererseits berichtet dagegen wiederum

Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 33): metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli

1413) Voigt, Bedeutungswechsel 110 fg. Außer in den Edicten Pacta conventa und Infamia notatur haben sich fraus und fraudatio in dem Sinne von Benachtheiligung auch in den Edicten über die Fabiana, Calvisiana und Pauliana erhalten: Voigt, a. O. 114 fg.

exceptione, quae est generalis. Sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem.

Und zwar da ein eigenes Edict weder über die exc. doli mali, noch über die exc. quod met. c. proponirt ist, so kann diese Sentenz in der Vorquelle, aus welcher Ulp. schöpfte, nur in Beziehung zu dem Edicte Pacta conventa mit seinen Defensivmitteln wegen dolus malus und vis (§ 117) gestanden haben, so daß es nur auf Rechnung der kurz gefaßten Ausdrucksweise Ulpian's zu stellen ist, wenn jene Notiz die Beziehung auf ein eigenes Edict über jene beiden Exceptionen zu gewinnen scheint. Sonach aber lautete wiederum solches Edict des Cassius: Pacta conventa, quae nec dolo malo, nec adversus leges etc.

Da nun dieses Edict selbst, wie Ulp. besagt (sed utilius visum est etc.), älter ist als jenes obige Edict der ciceronianischen Zeit (710) auf nec vi nec dolo malo, so ist unter jenem Prätor Cassius zweifelsohne C. Cassius Longinus zu verstehen, welcher im J. 630 Consul und demnach 627 Prätor war,[1414]) wohingegen wiederum dieses jüngere Edict, indem es die vis neben den dolus malus stellt, auf den Cn. Octavius, im J. 680 zurückzuführen ist, welcher, das Edict über die a. quod met. c. proponirend, in naheliegender Consequenz nun auch die vis dem Edicte Pacta conventa inserirte.

Dann wiederum bezüglich des Edictes Quod metus causa berichtet Cic. in Verr. III, 65, 152, der Senator C. Gallus habe

---

1414) Vgl. über denselben Drumann, Gesch. Roms II, 116. Pauly, Realencyclop. II, 194. — Huschke in Ztschr. f. Civilr. und Proz. R. F. 1856. XIV, 127 fg. stellt fest, daß der Urheber jenes Edictes weder dem 6. Jahrh. angehört, noch auch L. Cassius Longinus Ravilla, Cons. 627 (Huschke setzt irrig 624) ist, da derselbe Criminal-Prätor war. Dagegen denkt Huschke selbst an L. (Huschke setzt irrig C.) Cassius Longinus, Cons. 647 oder an C. Cassius Longinus Varus, Cons. 681; allein jener L. Cassius war im J. 644 praet. peregrinus, wie von Pighius, Annales III, 117 gut nachgewiesen ist, während das obige Edict, diesem C. Cassius, praet. 678 beigemessen, wieder unmittelbar vor die Edicte des Octavius v. 680 und des Aquilius v. 688 fallen und dann nun auch von Cic. de Off. III, 14 fg. gekannt und nicht übergangen sein würde. Endlich Rudorff, Ed. perp. § 38 bringt die obige Notiz Ulpians in Beziehung ebenso zu dem C. Cassius v. 678, wie zu dem Edicte Quod metus causa, während wieder Octavius erst das quadruplum der a. quod met. c. eingeführt haben soll, Alles Annahmen, die voller Widerspruch sind.

von L. Caecilius Metellus, Proprätor von Sicilien im J. 684 verlangt:

ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium „Quod per vim et (Vat. alii: aut) metum abtsulisset". Quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia.

Hiernach daher ist das fragliche Edict im J. 683 vom Metellus als tralitícium proponirt und zwar aus dem Edicte eines Octavius übernommen worden, unter welchem Letzteren nun Cn. Octavius, praet. v. J. 680 zu verstehen ist.[1415]

Für die Fassung jenes Edictes aber ist maaßgebend zunächst Cic. in Verr. cit., wozu vgl. das. § 153: vi et metu coacti, p. Flacc. 21, 49: vi coactus et metu, 50: per vim vendidisse, de Orat. I, 58, 247: vi ac metu tradi, und sodann ad Qu. fr. I, 1, 21 (694): cogebantur Sullani homines, quae per vim et metum abstulerunt, reddere, woraus allenthalben nun für jenes octavianische Edict die Conception sich ergiebt: Quod per vim et metum ablatum erit, iudicium dabo.

Späterhin erfuhr sodann dieses Edict eine redactionelle Abänderung, über die wiederum Zeugniß geben:

Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 1): olim ita edicebatur: „Quod vi metusve causa"; vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati, metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione; sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur; wozu vgl. 10 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 7. § 2): nec exceptiones doli patiuntur vel vis metusve causa; Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 6): si vi metusve causa rem tradam; Rubr. Cod. Just. II, 20: quae vi metusve causa gesta sunt; vgl. auch Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 7. pr. 14. § 3): neque vi neque metus causa; metum vel vim; Gord. im C. Just. 2, 20, 3: vi vel metu;

und sodann

1415) Huschke in Ztschr. f. gesch. R. W. XV, 281. Anders Keller, Civ Pr. A. 919.

Latro bei Sen. Contr. IX, 26, 9: si in re vis et necessitas est, ita tantum rescindantur, quae per vim et necessitatem gesta sunt, si vis et necessitas a paciscente adhibita est;
Sen. Contr. IX, 26, arg. Exc. IX, 3, arg.: per vim metumque gesta ne (Exc.: non) sint rata; Exc. IV, 8, arg.: per vim metumque gesta irrita sint.

Und hieraus nun ergiebt sich für dieses mittlere Edict die Fassung zuerst: Quod per vim metumque, später: Quod per vim metumve und endlich: Quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habebo, die dann beibehalten ward bis zur julianischen Redaction des edictum perpetuum. Als Datum aber ergiebt sich für dieses mittlere Edict, indem solches zwischen Cic. und Sen. fällt, die Zeit Augusts: denn indem zu diesem Zeitpunkte die obigen redactionellen Veränderungen der Edicte über den dolus malus eintraten, so führte nun dies zweifelsohne auch zu einer Revision des so nahe verwandten Edictes über die vis.

Endlich das Edict Quae dolo malo entstammt, wie Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 3) besagt, aus der Zeit der Veteres und zwar, wie Cic. de Off. III, 14, 60. de N. D. III, 30, 74 bezeugt, von C. Aquilius Gallus, praet. urbanus v. J. 688.

Hieraus allenthalben aber ergeben sich nun für die obigen Edicte folgende chronologische Daten:

im J. 627 Edict des C. Cassius Longinus:
Pacta conventa, quae nec dolo malo, nec adversus leges, plebiscita, edicta magistratuum facta erunt, servabo;

im J. 680 Edicte des Cn. Octavius:
Pacta conventa, quae nec vi, nec dolo malo, nec adversus leges, plebiscita, edicta magistratuum facta erunt, servabo.
Quod per vim et metum ablatum erit, iudicium dabo;
wozu dann nach Maaßgabe von A. 1430 noch eine Clausel tritt, welche für den Fall, daß in Folge der pronuntiatio de restituendo solche Restitution nicht erfolgt, mit iudicatio auf quadruplum den Beklagten bedroht;

im J. 688 Edict des C. Aquilius Gallus:
Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo;

in der Zeit Augusts die Edicte:

Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, decreta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.

Quae dolo malo fraudisve causa facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo;

Quod per vim metumque (später: quod per vim metumve, endlich: quod vi metusve causa) gestum erit, ratum non habebo;

wozu dann noch zwei Clauseln treten, bezüglich deren berichten:

Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 11. 1): si [„Neque ea res arbitrio iudicis restituatur“ (Hal.),] in quadruplum in eum iudicium pollicetur, (sc. praetor). — Post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed — causa cognita; wozu vgl. Gord. im C. Just. II, 20, 4;

sowie Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 2, 19): in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum pervenerit.

Endlich unter Hadrian erfolgt dann die obige julianische Neuredaction aller jener drei Edicte.

§ 117.

Fortsetzung.

Das Edict Pacta conventa.

Das Edict Pacta conventa, welches nach § 116, von C. Cassius Longinus, Prätor v. J. 627 herstammend, in seiner ältesten Fassung lautete: Pacta conventa, quae nec dolo malo, nec adversus leges, plebiscita, edicta magistratuum facta erunt, servabo und welches dann im J. 680 durch den Prätor Cn. Octavius den Zusatz „nec vi“ empfing, enthält eine zwiefältige Vorschrift: zuerst verheißt es den pacta conventa im Allgemeinen den Rechtsschutz: pacta conventa servabo und spricht somit deren Rechtsgültigkeit im Allgemeinen aus, und sodann stellt es im Besonderen die Ausnahmen fest, in denen jener Rechtsschutz wieder versagt wird: pacta conventa, quae nec etc., somit also für die so bezeichneten Fälle Rechtsungültigkeit dieser Verträge aus-

sprechend. Die einzelnen Vorkommnisse aber, wodurch solche Ausnahme begründet wird, sind das fieri pacta conventa theils dolo malo, theils contra ius, theils resp. vi.[1416])

Indem nun unter die pacta conventa[1417]) ebensowohl die bon. fid. negotia (A. 1389), wie die pacta adiecta (Beil. XXI A. 218) und die liberatorischen und processualischen pacta, so transactio, pactum de non petendo und de petendo[1418]) fallen; indem sodann durch jenes absichtlich gewählte, sachlich allgemein gehaltene servabo (Beil. XXI A. 219) nur ein Rechtsschutz im Allgemeinen verheißen, über dessen besondere Modalität dagegen nichts ausgesagt wird, so war nun zunächst bezüglich der Beschaffenheit solchen Rechtsschutzes durch jenes servabo auf anderweite, darüber gegebene Rechtsordnungen verwiesen.

Solche nähere Bestimmung jenes Rechtsschutzes aber boten zunächst die XII Tafeln für die pacta legitima bei den verschiedenen Klagen (A. 228 fg.); und dadurch war nun für mannichfache processualische pacta conventa die defensio ipso iure ohne Weiteres gegeben.

Sodann bezüglich der bon. fid. negotia[1419]) war einerseits die

---

1416) Jene erstere affirmative Disposition recapitulirt Sen. Contr. IX, 26. Exc. IX, 3. arg.: pacta conventa legibus facta rata sint; diese letztere negative Cic. de Off. I, 10, 32. 13, 41. III, 28, 103. 30, 110. Der Commentar über dieses Edict von Ulp. 4 ad Ed. beginnt mit einer dogmatischen Erörterung der Verträge im Allgemeinen: Dig. II, 14, 1. 5. 7. pr. — § 6; dann folgt das Edict selbst: § 7, und nun beginnt die Exegese: zuerst des Wortes pacta conventa: § 8, worauf sich auch bezieht Paul. 3 ad Ed. (D. cit. 2. 4. 6), sent. rec. I, 1, 1—3; dann der Clausel quae neque dolo malo facta erunt: Dig. cit. 7. § 9—11; hierauf der Clausel: quae neque adversus leges etc. facta erunt: § 12—16, wovon auch handelt Paul. sent. rec. I, 1, 4. 4 a; endlich des Wortes servabo: Dig. cit. 7. § 17 fg. fr. 10. 12. 14. 16. 22. 26. 29. und worauf auch sich beziehen Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 11. 13. 15. 17. 19. 21. 23. 25. 27. 32), sent. rec. I, 1, 5 fg. Gai. 1 ad Ed. prov. (D. II, 14, 18. 20. 28. 30). Ueber die Clausel neque quo fraus cui eorum fiat ist keine Exegese überliefert; vgl. A. 1411.

1417) Vgl. Glück, Pand. IV, 45 fg. Schilling, Inst. § 249 d. e.

1418) Trebat. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 10. § 2); vgl. Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 5. § 8. 13. 15); Paul 3 ad Ed. (D. cit. 17. § 1. fr. 27); Sent. rec. I, 1, 1—3.

1419) Von diesen unterfielen dem obigen Edicte die emt. vend., loc. cond., societas, mandatum, pignus und fiducia. Nachdem jedoch auch die

Klagbarkeit der emt. vent. und loc. cond. operis oder operarum, wie rei bereits von früher her durch Gewohnheitsrecht, Rechtswissenschaft und prätorische Praxis überliefert, bezüglich der societas und des mandatum aber, wie der noch jüngeren Contracte und Quasicontracte durch das obige Edict selbst fundirt und gesichert (§ 109), während andererseits wiederum dem Beklagten die defensio ipso iure nach alter Rechtsordnung zustand (A. 1394 fg.)

Den pacta adiecta aber, insoweit dieselben bei den bon. fid. negotia auftreten, war von der gegenwärtigen Periode zum einen Theile Klagbarkeit (A. 1368 fg.), für alle dieselben aber defensio ipso iure (A. 1089) zuerkannt, wogegen insoweit, als dieselben bei stricti iuris actiones auftreten, das obige Edict die exc., wie replicatio pacti conventi einführte.[1420])

Endlich den liberatorischen und processualischen pacta, insoweit dieselben nicht unter das pactum legitimum der XII Tafeln fallen, war bei den bon. fid. actiones defensio ipso iure beigelegt,[1421]) worauf nun auch der ipso iure liberirende Effect der solutio bei solennen bon. fid. negotia sich stützte (A. 72. 151),

---

neg. gest. und tutela, sowie für gewisse Fälle die a. fin. reg. mit bon. fid. a. bekleidet worden waren, hörte der Ausdruck pactum conventum auf, vollkommen ebenmäßig zu sein.

1420) Bei negotia strict. iur. begründen die pacta adiecta nicht a. strict. iur. und sind somit unwirksam insoweit, als sie eine Erweiterung des Rechtes des Gläubigers bezwecken: A. 1567; dagegen begründen dieselben defensives Rechtsmittel und sind somit wirksam insoweit, als sie eine Beschränkung vom Rechte des Gläubigers oder eine Erweiterung vom Rechte des Beklagten bezwecken. Als solches Rechtsmittel nun wird von einer bei Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40) mitgetheilten Lehrmeinung die exc. pacti conventi anerkannt: pactum id tantum ad exceptionem prodesse; ad exceptionem tantum prodesset pactum, und diese Rechtsordnung allein ist für die gegenwärtige Periode zu statuiren; allein die nächste Periode gab aus solchen pacta defensio ipso iure: Proc. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 11. § 1); Jul. bei Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 4. § 3); Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40) wozu vgl. A. 1566; Sev. und Car. im C. Just. IV, 32, 4. Diocl. das. c. 22. vgl. Scholien zu Bas XII, 1, 40. Glück, Pand. IV, 268 fg. Cuiac. comm. ad Dig. II, 14, 7. § 5. Obs. X, 24. Donell. Comm. ad l. 13 C. de pact. n. 12 — 15. ad l. 40 D. de R. C. n. 23—28. Schilling, Inst. § 331 Zus. 1. Savigny, Syst. VI, 127. Keller, Inst. 120 fg. Endlich wegen der liberatorischen und processualischen pacta s. A. 1422.

1421) A. 1089; so z. B. Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 5. § 6).

während bei den stricti iur. actiones das obige Edict exc. und replicatio pacti conventi ergab,[1422]) und hierauf nun auch solcher Effect der solutio bei den übrigen durch solennen Rechtsact begründeten Obligationen sich stützte.[1422a])

Was dagegen andererseits die Rechtsungültigkeit jener pacta conventa anbetrifft, so wird bei der bon. fid. a. die Einrede oder Replik wegen dolus malus oder resp. vis oder wegen der Rechtswidrigkeit durch defensio ipso iure vermittelt,[1423]) wogegen wiederum bei den stricti iuris actiones wegen dolus malus oder vis eine replicatio, wegen der Rechtswidrigkeit des pactum aber je nach der Beschaffenheit der lex als perfecta oder imperfecta dort defensio ipso iure, hier dagegen replicatio, so z. B. legis Cinciae gegenüber der exc. pacti conventi Platz griff.

Demnach aber war in dem obigen Edicte eine zwiefache verschiedene Rechtsordnung vorausgesetzt oder implicite gegeben: zunächst innerhalb der Sphäre der bon. fid. actiones theils die Klagbarkeit der bon. fid. negotia, wie gewisser pacta adiecta, theils die exceptionsweise defensio ipso iure auf Grund des bon. fid. negotium, des pactum adiectum und des liberatorischen und processualischen pactum, theils endlich die ipso iure zur Geltung kommende, diesen Verträgen engegentretende Einrede oder Replik

---

1422) So z. B. Gai. III, 179. IV, 116. 119. Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 6); vgl. A. 1601.

1422a) Daneben ward der Besitz des solutum geschützt durch Publiciana, wie exc. rei vend. et trad.: Beil. XXI § VI. Im Uebrigen vgl. A. 1614 a.

1423) A. 1088 fg. Auf die ersten beiden Momente beziehen sich Auct. ad Her. II, 14, 21: interponetur ab accusatore coniectura, quare putetur non ratione factum esse, quod melius deteriori anteponeretur, sed in eo dolo malo negotium gestum; Cic. de Off. I, 10, 32: illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? 13, 41: cum duobus modis id est aut vi aut fraude fiat iniuria; III, 28, 103; quod per vim esset actum, ratum esse non debuit; 30, 110: non debuit ratum esse, quod erat actum per vim; vgl. 29, 107. Wegen des dritten Momentes vgl. Gai. 1 ad Ed. prov. (D. II, 14, 28. pr.); Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 16); Paul. Sent. rec. I, 1, 4. 4a. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 4); Carac. im C. Just. II, 3, 6. Justin. das. c. 30, woselbst jedoch die Ausdehnung der Ungültigkeit auf das contra bonos mores factum esse oder die turpis causa ein Rechtssatz der nächsten Periode ist. Endlich nur künstlich ist die Extension jener Nichtigkeit auf die Stipulation: A. 1624.

des dolus malus, der vis, wie der iniuria, insgesammt Ordnungen, in denen das obige Edict im Principe nur eine Bestätigung des bereits gültigen Rechtes (§ 112 fg.) enthielt.

Und sodann innerhalb der Sphäre der stricti iuris actiones statuirt das obige Edict theils die exc. oder replicatio pacti conventi oder resp. die entsprechende defensio ipso iure aus dem pactum legitimum der XII Tafeln, theils wider diese exc. pacti conventi die replicatio doli mali, vis und iniuriae oder resp. defensio ipso iure wegen der Rechtswidrigkeit des pactum. Und hierin wiederum bietet jenes Edict, abgesehen von der Ordnung bezüglich der pacta legitima, eine höchst bedeutungsvolle Neuerung und Reform des bisher gültigen Rechtes, deren leitende Grundidee und Tendenz in der Uebertragung gewisser bezüglich der bon. fid. actiones gültiger Rechtssätze auf die stricti iur. actiones enthalten ist.

Endlich bot aber auch das obige cassianische Edict das Vorbild für die berühmte Clausel, welche zuerst Qu. Mucius Scaevola Pont. als Proconsul von Asia im Jahre 655 dem asiatischen Provinzialedicte einfügte, die sodann in diesem Edicte tralaticisch geworden zu sein scheint, und welche endlich auch Cicero als Proconsul von Cilicien im Jahre 703 in das cilicische Provinzialedict aufnahm: [pactiones, quae inter decumanos et aratores facta erunt, servabo,] extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona. Denn auch dieses Edict gab eine exc. malae fidei gegen die Klage aus denjenigen Verträgen, welche zwischen den Publicanen und den Grundsteuer-Pflichtigen über die zu entrichtende Steuerquote abgeschlossen sind.[1424])

§ 118.

Fortsetzung.

Die actio und exceptio doli mali und quod metus causa.

Während der dolus malus von Alters her durch die arbitria legitima und honoraria, wie durch die a. ex stipulatu defensiv, wie resp. aggressiv zur Geltung gelangte (§ 102, 112, 113, 115),

1424) Thl. II § 52; vgl. Diod. Sic. XXXVII, 5., sowie A. 1430.

ward bezüglich der stricti iuris negotia erst durch das Edict des C. Aquilius Gallus vom Jahre 688 demselben juristischer Effect beigelegt, eine Thatsache, welche auf das Bestimmteste von Cic. de Off. III, 14, 60. de N. D. III, 30, 74 bekundet und die auch durch die in § 117 festgestellte replicatio doli mali wider die exc. pacti conventi aus accessorischen pacta bei stricti iur. negotia nicht alterirt wird. Insbesondere aber bezüglich der exc. doli ist als unrichtig zu verwerfen die Annahme von Burchardi, Wiedereinsetzung 291 fg., 297 fg. und Schilling, Inst. § 128d, daß die exc. doli wider die condictiones bereits vor Aquilius und zwar nach Maaßgabe von Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 33. s. § 116) durch den Prätor Cassius proponirt worden sei. Denn erstens widerspricht dem auf das Directeste die Angabe Cicero's in A. 1408, daß vor dem Edicte des Aquilius nur in den von Cic. im Einzelnen aufgeführten Rechtsverhältnissen der dolus malus reprimirt gewesen sei, demnach aber die exc. doli, welche in jener Aufzählung fehlt und sicher nicht aus bloßem Versehen übergangen ist, vor jenem Edicte in der That nicht proponirt war. Und sodann widersprechen nicht minder die Worte Cicero's in de Off. III, 14, 60: nondum — Aquilius — protulerat de dolo malo formulas; denn unter diesen formulae de dolo malo können unmöglich, wie Schilling, a. O. c. und in Bemerkungen über r. R. G. 352 fg. annimmt, Contractsclauseln verstanden werden, da einmal die doli clausula zu des Aquilius Zeit bereits längst eingebürgert war und andersartige, jüngere, den dolus malus reprobirende Geschäftsclauseln dem römischen Rechte überhaupt ganz unbekannt sind (vgl. Beil. XIX § III a. E); da sodann Aquilius nirgends als Erfinder einer Contractsclausel wider die Arglist bekundet wird, und da endlich das proferre formulas deutlich genug auf eine officielle, nicht aber auf eine cautelare Thätigkeit hinweist; vielmehr sind darunter, wie der Zusammenhang bei Cicero deutlichst ergiebt, Klagformeln zu verstehen und zwar ebenso die formula actionis de dolo, wie die formula exceptionis doli, welche beide ja doch im Edicte mit proponirt waren, eine Auffassung, deren sprachliche Correctheit doch völlig mit Unrecht (s. A. 4) von Schilling angezweifelt, vielmehr mit vollem Rechte bereits von Zimmern, R. G. III § 103. Schneider, subsidiäre Klage 321 fg. statuirt wird. Und endlich widerspricht gleichermaaßen der Bericht von Cic. de

Off. III, 14 über den Rechtsfall zwischen C. Canius und Pythius, wonach Canius, durch den dolus malus des Pythius verleitet, vom Letzteren ein Grundstück zu Syracus erkauft und gegen sofort beschehene Tradition wegen des creditirten Kaufpreises litterarum obligatio eingeht,[1425]) dann vor Bezahlung des expenso latum den Betrug zwar erkennt, aber in Ermangelung der exc. doli wider condictiones, wie der a. doli ohne Rechtsschutz ist und so nun zur Zahlung der Schuldsumme sich genöthigt sieht. Denn da die Erklärung von Rudorff in Ztschr. f. gesch. R. W. XII, 169 unstatthaft ist, es sei hier die exc. doli um deßwillen unzulässig gewesen, weil der dolus malus nicht bei Abschluß der transscriptio a re in personam, sondern bei Abschluß der emtio vend. vorgekommen, indem ja doch die erstere durchaus in der gleichen Weise und Maaße, wie die letztere von der Arglist des Pythius beeinflußt wurde, überhaupt aber das römische Recht den Satz gar nicht kennt, daß eine Novation zwischen den nämlichen Interessenten die dem novirten Rechtsanspruche entgegenstehende exc., so leg. Cinciae, doli od. dgl. vernichte; so läßt jener Rechtsfall in Wahrheit gar keine andere Erklärung zu, als daß zu jenem Zeitpunkte die exc. doli mali wider die condictio noch nicht proponirt war. Jenes Edict selbst aber lautete nach § 116: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo und gab somit ausdrücklich eine a. de dolo malo, wie auch implicite eine exc. doli mali. Und zwar schloß jene Klage materiell ganz unmittelbar an das arbitrium legis Plaetoriae (A. 1409) sich an, woraus nun auch die auf den ersten Blick so auffällige Thatsache sich erklärt, daß die a. de dolo, nicht aber die a. quod met. c. famosa ist (§ 116) und um deßwillen wiederum ebenso eine subsidiäre Klage, als auch auf causae cognitio gestellt ist.[1426]) Dagegen in ihrer processualischen Stru-

1425) „Nomina facit; negotium conficit" d. h. er bringt das Geschäft zum Abschluß, nicht aber: er leistet Zahlung des expenso latum, da dies vielmehr durch nomina expedire bezeichnet wird. Das Grundstück war, da Syracus das ius italicum nicht hatte, für Mancipation nicht empfänglich. Im Uebrigen vgl. wegen dieses Processes Wieling, Lectiones I, 25. Heimbach, Creditum 343. 412.

1426) Subsidiar: Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 6. fr. 7. § 3); causa cognita: Lab. das. (D. cit. 13. § 1).

ctur schloß jene Klage an die redhibitoria sich an: sie war arbitraria und in factum concepta auf quanti ea res erit (§ 71 unter B I 3), während wiederum die exc. doli nach Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 15) anfänglich sich concipirte auf: Si adversus ea nihil dolo malo Auli Ag. factum erit.[1427])

Im Uebrigen aber ist die Zulässigkeit der a., wie exc. doli von Vorn herein auf den Fall beschränkt, wo der dolus malus bei Abschluß eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes von dem einen Paciscenten zur Beeinflussung der Willensbestimmung des Mitinteressenten angewendet ward. Denn dies ergiebt sich daraus, daß der dolus malus von Aquilius selbst bestimmt ward als das aliud agere, aliud simulare,[1428]) indem hierdurch die Relevanz des dolus malus beschränkt wird auf die Täuschung durch das Mittel des agere d. i. der Kundgebung einer Willensbestimmung als Willensäußerung (A. 1), und des simulare d. i. der vorsätzlichen Verwendung einer Aeußerungsform, welche nicht derjenigen Willensbestimmung entspricht, als deren Kundgebung jene erstere gilt, ein Thatbestand, in welchem jenes Edict nicht minder an das Recht der lex Plaetoria anknüpft, da auch diese den dolus malus nur insoweit reprimirt, als derselbe durch das Mittel der captio im technischen Sinne wider den Minderjährigen consummirt wird (A. 1285). Allein bereits frühzeitig ward jene Beschränkung beseitigt, wie sich ergiebt aus

Trebat. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 4): si cuius dolo malo effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat, de dolo dandum iudicium,

indem hier auf Grund eines nicht bei Vertragsabschluß verübten dolus malus, wodurch die mors litis herbeigeführt ward, die a. de dolo gegeben wird, dementsprechend nun auch bereits Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 2) eine berichtigende Definition des dolus malus aufstellt. Und damit nun ward die a. de dolo umge-

---

1427) Später: si in ea re nihil dolo malo Auli Ag. factum sit neque fiat: Gai. IV, 119. Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 2. § 1).

1428) Cic. de Off. III, 14, 60. 15, 61, de N. D. III, 30, 74. Und so nun auch Cicero selbst de Off. III, 14, 60. Top. 9. 40. Paul. sent. rec. I, 8, 1. August. Serm. IV, 23. Papias Vocab. s. v., sowie mit einer verbessernden Nuancirung Serv. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 2); vgl. Voigt, Bedeutungswechsel 102 fg.

wandelt aus einer Klage wegen delictähnlichen Verhaltens des Mitpaciscenten bei Abschluß von Rechtsgeschäften in eine Klage wegen Delictes innerhalb, wie außerhalb solchen Vertragsabschlusses, und damit nun auf die gleiche Sphäre extendirt, wie die a. quod met. c.[1428a])

Hiermit allenthalben aber geht wiederum Hand in Hand, daß bereits die gegenwärtige Periode die exc. doli mali nicht lediglich als das der a. de dolo malo correspondirende defensive Rechtsmittel, sondern, gestützt auf die Conception: si adversus ea nihil dolo malo Auli Ag. factum erit, auch in erweiternder Anwendung gewährt: als die die cond. ob causam defensiv zur Geltung bringende Exception (§ 120).

Sodann die vis, welche von Alters her, gleich dem dolus malus, in den arbitria legitima und honoraria, wie resp. in der a. ex stipulatu reprimirt war, wurde zu einem selbstständigen Klaggrunde erhoben durch das Edict des Cn. Octavius vom Jahre 680: Quod per vim et metum ablatum erit, iudicium dabo (§ 116), auf Grund dessen die a., wie exc. quod met. c. ertheilt wurden. Jenes Edict selbst aber ist in vierfacher Beziehung bemerkenswerth: einmal in dem allgemein gehaltenen Ausdrucke »auferre«, welcher die Klage nicht, wie anfänglich bei der a. de dolo malo, auf den Fall allein der Anwendung der vis zur Beeinflussung der Willensbestimmung des Mitpaciscenten beim Rechtsgeschäfte beschränkt, sondern auch auf den Fall mit erstreckt, daß außerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehres, somit also in der Gestalt des außergeschäftlichen Delictes: des Raubes, die Gewaltthätigkeit auftritt;[1429]) und diese im Vergleiche zur a. de dolo ganz wesent-

1428a) Anders Qu. Muc. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 7): Labeo quaerit, si compeditum servum meum, ut fugeret, solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia fecisti, furti teneris; si misericordia, in factum actionem dari debere, wo somit a. de dolo negirt, vielmehr, je nachdem animus lucri faciendi vorliegt oder nicht, a. furti oder damni ini. dati in factum gegeben wird. — Ait Quintus apud eum notans heißt: Quintus spricht sich bei Labeo in kurzer Bemerkung dahin aus; vgl. Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 65. § 8): Servius apud Alfenum ita notat. Dagegen Pernice, Labeo I, 84 denkt an einen völlig unbekannten Quintus, der Noten zu Labeo schrieb, und schafft so ganz unnöthige Schwierigkeiten.

1429) So Cic. ad Qu. fratr. I, 1, 20; wie auch A. 1430, wo gleiches

liche Erweiterung der Sphäre der a. quod met. c. erklärt sich daraus, daß die letztere anfänglich berufen war, zugleich in dem edictum urbanum die im Jahre 678 vom Prätor M. Lucullus proponirte a. de vi hominibus armatis coactisve des edictum peregrinum zu ersetzen, daher nun auch nach der späteren Herübernahme der letzteren Klage in das edictum urbanum jenes auferre in dem augusteischen Edicte durch gerere ersetzt wurde. Und sodann steht nun mit jener doppelten Function der a. quod met. c. die Scheidung von »vis et metus« in Correspondenz: die vis dem Raube, die metus der Erpressung oder Nöthigung entsprechend, ein Gegensatz, den das spätere Edict in der präciseren Conception vis metusve oder vis metusve causa beibehielt. Ferner bedroht das Edict den Beklagten bei der a. quod met. c. mit einer poena temeritatis von 300 %, welche bei der a. de dolo fehlt. Und endlich wiederum ist nicht allein die Anwendbarkeit der a. quod met. c. eine bedeutend erweitertere, als bei der a. de dolo, da dort ebenso die causae cognitio, wie die Subsidiarität der letzteren wegfällt, sondern es ändert sich auch in Folge dessen die dogmatische Stellung, welche innerhalb der Geschichte unseres Principes die Klage einnimmt: indem die a. de dolo ausgeschlossen ist bei den den arbitria legitima und honoraria unterfallenden Rechtsverhältnissen, wie bei der Stipulation mit doli clausula (A. 1426), hier vielmehr allein die betreffenden Contracts- oder Quasicontractsklagen in Funktion einer a. de dolo eingreifen, so fällt nun dieser letzteren selbst lediglich die Aufgabe zu, innerhalb des strictum ius einem Postulate der aequitas Geltung zu verschaffen; dagegen die a. quod met. c., indem dieselbe gleichmäßig bei den mit jenen Aequitätsklagen bewehrten, wie bei den dem strictum ius angehörigen Rechtsverhältnissen Platz greift, versieht die Aufgabe, ein Postulat der aequitas in einer neuen Modalität zu verwirklichen und in dieser Modalität nun gleichmäßig innerhalb des aequum et bonum, wie des strictum ius zur Geltung zu bringen.

Ueberdem schuf endlich bereits die gegenwärtige Periode gewisse Specialklagen wegen vis, wie dolus malus, nämlich theils

---

auferre wiederkehrt. Ungerechtfertigt ist, wenn Rudorff in Ztschr. f. gesch. R. W. XII, 157 das auferre ganz im Gegentheile auf den Fall der Erpressung beschränken will.

die obererwähnte a. vi bon. rapt., die a. adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocatur nach Ofil. bei Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 7, 1. § 2), sowie die a. plus quam debiti ablati adversus decumanum im Provinzialedikte, welche in der nächsten Periode als a. vi bonorum ademtorum adversus publicanos in das edictum urbanum überging,[1430]) theils die a. Fabiana und Calvisiana von 707 und 708 (A. 1828), die a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quo minus quis in iudicio sistat bei Ofil. in Paul. 6 ad Ed. (D. II, 10, 2), wie schließlich die a. restitutoria wegen circumscriptio minorum (A. 1409. 1630), und resp. auch die a. de peculio und de in rem verso (A. 1410), wozu endlich noch die bereits dem ersten Zeitraume angehörige a. legis Plaetoriae (A. 1441) kommt.

§ 119.

Die actio de eo quod certo loco. Die Uebertragung der mora solvendi auf die condictio furtiva. Die Theorie des Serv. Sulpicius bezüglich der Litiscontestation.

Die gleiche Tendenz, welche in der a. de dolo malo und quod met. c. zur Geltung gelangte, prägt sich aus in der Ueberleitung der Rechtsordnung von der mora solvendi auf die condictiones, eine Reform, für welche ein zwiefaches Organ des Rechtes thätig war: der Prätor und die Rechtswissenschaft.

Zunächst aber der Prätor griff in jener Richtung ein durch das Edict de eo quod certo loco,[1431]) indem er für den Thatbe-

---

1430) Wegen der letzteren Klage vgl. das Edict in Dig. XXXIX, 4, 1. pr. Die erstere Klage proponirte Verres im sicilischen Edicte auf octuplum, correspondirend einer a. adversus aratorem, qui minus quam decumanus poposcerit, dederit auf quadruplum: Cic. in Verr. III, 10, 25 fg. und 29, 70. Es ist hieraus zu entnehmen, daß das frühere sicilische edictum tralaticium die letztere Klage gar nicht, die erstere dagegen nur auf quadruplum kannte, übrigens aber diese Klage auf die lex Hieronica zurückgeht; vgl. Thl. II § 51. Vgl. auch A. 1424.

1431) Das Edict ist bekannt dem Lab. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8); daß aber dasselbe bereits der gegenwärtigen Periode angehört, ergiebt sich mit voller Sicherheit aus dem doppelten Umstande, daß einerseits dasselbe theils jene Uebertragung der Mora auf die Condiction nur bei einem höchst beschränkten Thatbestande decretirte, theils dafür noch den Umweg der a. de eo quod certo loco für nöthig erachtet, während andererseits be-

stand, daß bei Stipulation oder mutui datio[1432]) ein bestimmter Solutionsort vertragsmäßig verlautbart ist und der Schuldner in mora solvendi geräth, eine Klage proponirt, welche an jedem Orte, wo der letztere zu betreffen, wider denselben angestellt werden kann.

Diese Klage selbst aber ist in processualischer Beziehung nicht a. directa: nicht selbstständige neue Klagformation, als vielmehr, gleich den verschiedenen publicianischen Klagen, lediglich eine technische Modification einer gegebenen Klagindividualität: der cond. certi, triticaria und incerti, die dadurch nun zur a. utilis umgestaltet wird. Und zwar vollzieht sich solche technische Modification in dem dreifachen Punkte, daß zunächst die intentio eine adiectio loci erfährt;[1433]) sodann in die condemnatio eine eigenthümliche Restitutionsclausel eingeschoben wird; und endlich die certi condictio insbesondere ihre certi condemnatio aufgiebt und die incerti der triticaria auf Quanti ea res erit, tantam pecuniam annimmt, somit aber als certi wie triticaria gleichmäßig lautete:

Si parret Numerium Neg. Aulo Ag. C oder pateram auream oder dergl. Ephesi dare oportere,[1434]) iudex, quanti ea res erit,[1435]) tantam pecuniam Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, nisi Ephesi solvat,[1436]) si non parret absolvito.

---

reits Servius und zu Beginn der nächsten Periode Sabinus (§ 136) ebenso eine unbeschränkte, wie eine directe Uebertragung für unbedenklich halten. Vgl. über dasselbe Gans, röm. Oblig.-R. 71 fg. Keller, Pand. § 260. Zimmern, R. G. III § 67. Windscheid, Pand. § 46.

1432) Die a. de constituta pecunia de certo loco bezeichnet Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 16. § 1) als: exemplo arbitrariae actionis. Im Uebrigen vgl. § 135.

1433) Utilis actio: Gai 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 4, 1); andererseits condictio: Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137, § 2). Adiectio loci: Gai. IV, 53. Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 2), J. Just. IV, 6, 33. Theoph. in h. l.

1434) Jul. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 7), Theoph. Par. IV, 6, 33.

1435) Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8).

1436) Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 4, § 1); J. Just. IV, 6, 31: quasdam actiones arbitrarias — — appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti — — solvat —, condemnari debeat. — Hiernach ergiebt sich ohne Weiteres die entsprechende Modification der incerti condictio in Beil. XIX § I unter 3 aa. Abweichende Conceptionen bieten Heffter ad Gai. p. 83. Zimmern, R. G. III § 67. Unterholzner, Schuldverh. I, 355. Rudorff, Ed. perp. § 96.

Der Effect solcher Modification aber ist zuvörderst processualisch: theils fällt die sponsio poenalis der certi condictio hinweg, theils werden zu Gunsten des Klägers die Folgewirkungen der pluspetitio loci beseitigt;[1437] nicht minder aber auch civilrechtlich: theils wird durch die Restitutionsclausel der Zahlung zwischen Lit. Cont. und Urtheil Rechtswirksamkeit verliehen,[1438] theils wird durch das quanti res est ebensowohl das örtliche Interesse des Klägers, wie des Beklagten, somit vornämlich bezüglich Coursdifferenz und Transportspesen, als auch das zeitliche, durch mora solvendi verletzte Interesse des Klägers gewahrt.[1439] Allein in diesem letzteren Punkte vollzieht sich keineswegs eine einfache Uebertragung der Rechtsordnung der bon. fid. a. auf die Condiction, vielmehr stellt das Edict hierin mehrere neue und weitergreifende Sätze auf: theils greift das Edict auch dann Platz, wenn ein bestimmter Solutionstermin nicht verlautbart ist,[1440] somit aber der Thatbestand der mora solvendi fehlt, theils geht der zu leistende Schadenersatz noch über die bei der bon. fid. a. gesetzte Gränze hinaus (A. 821), was, insoweit Zinsen vom Schuldcapitale in Frage stehen, in dem Wegfalle der poena sponsionis von $33^1/_3$ % seine sachliche Rechtfertigung findet.

Ueberdem übertrug aber auch der Prätor auf die a. de eo quod certo loco in ganz eigenthümlicher Modalität die der certi und triticaria cond. des Argentarius entgegentretende Compensation des rigor (§ 99 unter B): denn während diesen Klagen im Besonderen der Rechtsanspruch auf das eiusdem generis et naturae aus jedweder causa sich entgegenstellt, so stellt nun hier der Prätor

1437) Gai. IV, 53. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 4, 1); J. Just. IV, 6, 33. Theoph. in h. l.

1438) Ebenso kann an Stelle der Solution eine Caution über die Solution am vertragsmäßigen Leistungsorte geleistet werden: Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 4 § 1).

1439) Vgl. A. 752. Proc. 2 Ep. (D. XVI, 2, 15); Afr. 3 Quaest. (D. XIII, 4, 8); Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 4, 3); Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. pr. § 8) und Lab. und Jul. das.; Alex. im C. Just. III, 18, 1. und vornämlich Ulp. 17 ad Sab. (D. XLV, 1, 144): si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me quanti mea intersit moram factam non esse.

1440) Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 2).

den Rechtsanspruch aus der a. de eo quod certo loco im Besonderen jedweder Klage auf das eiusdem generis et naturae gegenüber, wie solches von Jav. 2 Ep. (D. XVI, 2, 15) bekundet wird (vgl. A. 1612).

Wenn sonach daher jene Ueberfragung des Rechtes der mora solvendi auf die condictio, den maaßgebenden Anschauungen dieses Zeitraumes entsprechend, nicht vollzogen wurde, ohne daß zugleich die Formel solcher Klage eine entsprechende Modification empfing, wodurch die jener Rechtsordnung an sich widerstrebende condictio fähig und empfänglich für solche Uebertragung gemacht wurde, so ist es nun eine ganz neue und völlig veränderte Anschauungsweise, welche in der so folgereichen Theorie sich offenbart, wodurch die Rechtsordnung der bon. fid. a. bezüglich der Mora auf die cond, ex iniusta causa wegen furtum (§ 120) ganz unmittelbar und ohne jedwede Modification der Klagformel übertragen und damit deren Folgewirkungen (§ 112) auf solchen speciellen Fall in Anwendung gebracht werden, eine Thatsache, welche bezüglich der Veteres bekundet wird von

Tryph. 15. Disp. (D. XIII, 1, 20): videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

Und sodann tritt ebenfalls am Ausgange dieses Zeitraumes die höchst merkwürdige Theorie des Serv. Sulpicius auf, welche referirt wird von

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3): in hac actione (sc. cond. tritic.) si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, — — condemnationis tempus spectandum, si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus.

Denn indem hierin bezüglich der richterlichen Aestimation vom quanti res est, in welches bei der cond. triticaria das ursprüngliche Debitum auf Grund der Lit. Cont. sich umsetzt (§ 98), die Sätze enthalten sind, daß

a. dafern die Solution zur Zeit der Lit. Cont. nicht mehr möglich war und zwar nach § 98 in Folge einer culpa in faciendo des Debitor vereitelt worden war, der Zeitpunkt solcher Vereitelung der Aestimation zu Grunde zu legen sei; dagegen aber

b. dafern die Solution zum Zeitpunkte der Lit. Cont. noch

möglich ist, nach dem Zeitpunkt des Judicates die litis aestimatio sich richtet, ein Satz, auf welchen auch von Sab. bei Jul. 4 ex Min. (D. XII, 1, 22) hingewiesen wird,

so ist nun zwar in dem Satze unter a die alte Rechtsordnung des Condictionenrechtes (bei A. 1222) aufrecht erhalten, in der Position unter b dagegen ein ganz neuer Rechtssatz ausgesprochen, dessen hohe rechtshistorische Bedeutung darin enthalten ist, daß damit der Lit Cont. sogar bei der strict. iur. a. ihr von Alters her prävalirender Einfluß auf die fernere Gestaltung des streitigen Rechtsverhältnisses entzogen wird (§ 98), und daß sodann Hand in Hand damit der gleiche Satz auch bezüglich der bon. fid. a. reformirend auftreten mußte (§ 114), Beides Momente, die weiterhin in der nächstfolgenden Periode in ihrer vollen Tragweite zu historischer Verwirklichung gelangen (§ 138).

§ 120.

Die condictio non debiti und ex iniusta causa sammt entsprechender exc. doli mali.

Indem nach § 81 der Ausgangspunkt für die Theorie von der cond. ob caus. in dem Sachverhalte gegeben ist, daß das pecuniär indifferente Rechtsgeschäft, sei dies solenner Act, wie die Stipulation, sei es Realisirungsgeschäft, wie die Solution, berufsmäßig in einer organischen Verbindung mit einer pecuniär differenten Verkehrsfigur steht, so mit emtio vend. oder donatio; daß sodann die letztere gegenüber den beiden ersteren in dem Verhältnisse einer causa: eines zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrundes der dadurch vermittelten Bereicherung von der Rechtstheorie aufgefaßt, und endlich auf das Unzureichende solchen Rechtfertigungsgrundes jene Klage gestützt wird; so fehlten in dem ältesten Rechte die nothwendigen Vorbedingungen und Voraussetzungen selbst dieser Theorie. Denn indem das älteste Recht nur solenne Rechtsgeschäfte kennt (§ 32), während die pecuniär differenten und zugleich unsolennen Geschäfte lediglich rein sociale Verkehrsfiguren sind (§ 36), so stehen jene Rechtsgeschäfte in einfachster Consequenz in vollkommener Unabhängigkeit ebenso von dem Vorhandensein, wie von der Beschaffenheit einer ihnen unterliegenden causa (A. 1181 fg.), so daß demnach die doctrinellen Elemente selbst jener Theorie der cond. ob caus. im ältesten Rechte vollständigst fehlen.

Vielmehr werden dort die in dem Verkehrsleben sich vollziehenden Geschäftsbewegungen berufsmäßig durch die Rechtsgeschäfte in solenne Form gekleidet und damit des Rechtsschutzes theilhaft gemacht, ohne im Uebrigen einer bevormundenden Controle des Rechtes unterstellt zu sein, da vielmehr hinsichtlich des mit jener Solennität bekleideten Geschäftes selbst die volle Freiheit des Handelns dem paterfamilias unbeschränkt gewahrt blieb (§ 43), mit alleiniger Ausnahme des bereits durch die XII Tafeln reprimirten Wuchers, sowie unbeschadet der an Gesetzesübertretungen sich anknüpfenden sonstigen Nachtheile (A. 1183). Wohl aber treten die obigen Grundbedingungen und Voraussetzungen der Theorie der cond. ob caus. im Verlaufe der historischen Entwickelung zu Tage und zwar dadurch, daß die sich vollziehenden culturhistorischen Veränderungen nunmehr die Legislation veranlassen, jene pecuniär differenten Verkehrsfiguren in den Kreis ihrer Anschauung und Ordnungen allmählig hereinzuziehen. Denn die nämlichen culturhistorischen Vorgänge, welche die Abschwächung der fides und die Klagbarkeit der bon. fid. negotia resultirten (§ 53), steigerten zugleich auch die nationale Werthschätzung des Geldes und verallgemeinerten so die Neigung zur geldgierigen Ausbeutung des Anderen; und diese Umwandelung von Anschauung, wie Sitte ist es, welche bereits ebenso die cautiones rei uxoriae um 523 in Aufnahme brachte und die lex Plaetoria vor 545 in das Dasein rief, wie auch der Legislation die Veranlassung bot, jenen den Rechtsacten sich unterbreitenden causae ihre Aufmerksamkeit zuzuwenden, um dem dahinter sich bergenden Mißbrauche des Rechtes zu gewinnsüchtigen Zwecken entgegenzutreten. Und diese Tendenz fand ihre Ausprägung in der lex Titia v. 415—426, wie Publilia v. 427 über die Spielwetten, in der lex Marcia de usuris reddendis v. 562, wie in der lex Cincia de donis ac muneribus v. 550.[1441])

Von diesem Standpunkte aus einer legislatorischen Berück-

1441) Wegen der cautiones rei uxoriae vgl. Voigt, lex Maenia § 10. — Wegen der lex Plaetoria vgl. Osenbrüggen in Ztschr. f. Alterth. Wiss. 1838. S. 297; anders Teuffel im Rhein. Mus. N. F. 1853 VIII, 38; vgl. auch Vissering, Quaest. Plaut. II, 88 fg. — Wegen der lex Titia und Cincia vgl. Beil. XIX § VII unter II. — Wegen der lex Publilia vgl. das. A. 76 und Schilling, Inst. § 263 p. — Wegen der lex Marcia vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 159 a.

sichtigung der causa der Rechtsgeschäfte vollzog sich nun im röm. Rechte zunächst die Ausbildung einer Reihe von Special-Klagen, welche die gleiche Tendenz verfolgen, wie die condictiones ob caus. und in vollständigem Parallelismus, ja weiterhin in Concurrenz mit denselben stehen: denn so wird die Function einer cond. caus. dat. übernommen von der a. redhibitoria wegen Nichterfüllung der den verkauften Sclaven betreffenden vertragsmäßigen Prästanda,[1442]) die Function einer cond. caus. finit. von der a. in factum aedilicia auf Restitution des Kaufpreises nach vollzogener Redhibition,[1443]) die Function einer cond. indebiti von der bon. fid. a. als Impensenklage (A. 1393), die Function einer cond. ob turp. caus. von der a. de pecunia calumniae causa accepta, die Function einer cond. ob iniust. caus. z. B. von der der leg. a. sacram. überwiesenen a. repetundarum leg. Calpurniae, wie Juniae u. a. m.,[1444]) endlich die Function einer cond. furtiva von der a. rerum amotarum (A. 837. 1826). Und sodann that von hier aus die Rechtswissenschaft den weiteren Schritt der Schaffung von Klagen mit allgemeiner Verwendbarkeit für bestimmte Fälle einer Vitiosität der causa: der condictiones ob causam, deren Ausbildung während des gegenwärtigen Zeitraumes in zwei Ansätzen erfolgt: durch Constituirung zuerst der cond. non debiti, und weiterhin sodann einer cond. ex iniusta causa,[1445]) und zwar beidemale als rei condictio (A. 1448 fg.)

1442) Ed. aed. in D. XXI, 1, 1. § 1: Quodsi mancipium — adversus quod dictum promissum fuit (Hal.), cum veniret, fuerit (Hal.), quod eius praestari oportere dicetur, emptori — iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.

1443) Pap. 3 Resp. (fr. Vat. 14); Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 31. § 17—19); vgl. Schilling, Inst. § 299 pp.

1444) A. 1305; im Uebrigen vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 39. Hierher gehört auch die a. Pauliana utilis, welche im Falle mangelnder scientia fraudis des Erwerbers und bei lucrativa causa des Erwerbes wider denselben auf quanto locupletior factus est gegeben wird: Ulp. 66 ad Ed (D. XLII, 8, 6. § 11. 13) und Proc. das. vgl. Voigt, a. O. A. 744.

1445) Vgl. zu dem Obigen, wie zu dem Nachstehenden Voigt, Cond. ob caus. § 40. Einen durchaus sicheren Beweis der späteren Entstehung jener Klagen liefern theils die röm. Juristen, indem dieselben die cond. ob caus. in scharfer Betonung als Product bezeichnen der aequitas: Pap. 8 Quaest. (D. XII, 6, 66), Paul. 17 ad Plaut. (D. cit. 65. § 4) oder des Principes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet: Pomp. 21 ad Sab. (D.

Zunächst nun die cond. non debiti ist bestimmt erst nach dem Edicte des C. Aquilius Gallus von 688 Quae dolo malo facta esse dicentur constituirt worden, weil eine eigene exc. non debiti im römischen Rechte niemals existirt hat, vielmehr an Stelle von solcher die exc. doli mali verwendet ward (A. 1609), diese selbst aber durch jenes Edict für die stricti iuris actiones erst geschaffen worden ist (§ 118). Andrerseits aber ist solche Klage nicht allein den Veteres bereits bekannt,[1446]), sondern es findet sich dieselbe auch schon in dem auf Serv. Sulpicius zurückgehenden gajanischen Obligationen-Systeme (A. 485). Somit aber ist diese cond. non debiti sehr bald nach 688 geschaffen worden und zwar unter interpretativem Anschlusse an die condictio ex numeratione,[1447]) dem entsprechend nun dieselbe auch systematisch an die mutui datio angelehnt[1448]) und in jenem Systeme des Servius der Classe der obligationes quae re contrahuntur eingeordnet und

---

cit 14), theils Cic. p. Qu. Rosc. 4, 14. 5, 13 (678), der, den negativen Beweis antretend, daß die erhobene certi cond. nicht begründet ist, diesen Beweis durch die Sätze führt: neque adnumerasse, neque expensum tulisse, neque stipulatum esse se actor dicit. Denn der hieraus sich ergebende Beweisgrund für die obige Thatsache ist absolut sicher und zureichend, da Cicero nicht blos als Rhetor, wie als Orator, sondern auch als Mann von Klarheit und Einsicht über die Erfordernisse eines negativen Beweises nicht im Unklaren ist. Ein Seitenstück solchen negativen Beweises bietet übrigens p. Quint. 19—27. Vgl. Beil. XIX, A. 117. Voigt, a. O. A. 185. Sehr treffend bemerkt Sanio, z. Gesch. d. röm. R. W. 57: „heutzutage ist es freilich Mode geworden, das „Gerede" Cicero's, falls es zu den Ansichten der Schule nicht recht passen will, mit besonderer Geringschätzung zu behandeln."

1446) J. Just. III, 27, 7: ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non potest.

1447) Gai. III, 91: qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest „Si paret eum dare oportere", ac si mutuum accepisset; vgl. J. Just. III, 14, 1 und Theoph. in h. l., sowie Beil. XIX A. 117.

1448) Gai. 3 Aur. (XLIV, 7, 5. § 3): qui non debitum acceperit per errorem solventis, obligatur — quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus; J. Just. III, 27, 6: perinde is, qui accepit (sc. indebitum), obligatur, ac si mutuum illi daretur et ideo condictione tenetur; Theoph. in h. l. — Wegen des proinde ac si in A. 1447 und des quasi, perinde ac si vgl. A. 436.

unmittelbar an die mutui datio angeschlossen wird (A. 1447). Und zwar ward als wesentlicher Thatbestand der Klage gesetzt das non debitum accipere per errorem solventis, die Klage selbst aber als cond. non debiti bezeichnet (A. 1446 fg.).

Und an diese cond. non debiti ward sodann weiterhin durch die constitutio Veterum: Quod ex iniusta causa apud aliquem est, potest condici [1449]) eine cond. ex iniusta causa interpretativ angelehnt, welche im Besonderen aus Thatbeständen ertheilt ward, auf welche die nächstfolgende Periode ebenso die cond. caus. non sec. und finita, wie ob turp. caus. und furtiva stützte. [1450]) Und zwar ist diese cond. ex iniusta causa allerdings jünger, als die cond. non debiti, da sie dem gajanischen Institutionen-Systeme noch fremd ist, gleichwohl aber nur kurze Zeit nach dieser und noch im 7. Jahrhundert geschaffen worden, da sie nicht allein als dem Serv. Sulpicius und den Veteres bekannt uns bekundet wird, [1451]) sondern ihre Ausbildung auch noch bei Lebzeiten des C. Aquilius Gallus sich vollzieht. Denn es steht die Constituirung dieser Klage zeitlich in Verbindung mit dem von Val. Max. VIII, 2, 2 berichteten, auch von Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 1) in thesi erörterten Rechtsfalle, wo C. Visellius Varro, von Krankheit befallen, seiner Buhlerin Otacilia Laterensis als mortis causa donatio die Expensilation über 30,000 Sesterzen gestattete und nun, als nach seiner Genesung die Otacilia diese Summe einklagt, solcher Klage zweifelsohne die exc. doli mali entgegenstellt, auf Grund deren dann C. Aquilius Gallus als Richter „adhibitis in consilium principibus civitatis“ den Beklagten absolvirt. [1452]) Denn indem hieraus sich ergiebt, daß einerseits die Beachtlichkeit der exc. doli mali in solchem Falle als etwas ganz Neues von Aquilius ausgesprochen

---

1449) Sabin. und Cels. bei Ulp. 18 ad Sab. (D. XII, 5, 6); vgl. Jav. 8 Ep. (D. XLV, 1, 107), Arist. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 6. § 5).

1450) Voigt, a. O. 247 fg. Wegen der cond. furt. s. noch A. 1620.

1551) Serv. de Dot. bei Ner. 2 Membr. (D. XII, 4, 8); Veter. bei Tryph. 15 Disp. (D. XIII, 1, 20) s. § 119 a. E. Alf. 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XII, 6, 36).

1452) Vgl. über diesen Proceß Heimbach, Creditum 377. Keller, Inst. 346. Der Fall ordnet sich der cond. causa finita der nächsten Periode unter: Voigt, a. O. § 77 unter 2.

und durch die Zuziehung der principes civitatis in sein consilium iudicis gewissermaaßen legalisirt, sowie andrerseits das Urtheil des Letzteren von jener Zeit als Präjudiz für verwandte Fälle aufgefaßt ward, so ist nun hieraus zu entnehmen, daß bald nach jenem Processe auch die cond. ex iniusta causa theoretisch construirt wurde.

Aus jenem Constructions-Processe aber der cond. ob caus.: der interpretativen Anlehnung der cond. non debiti an die cond. ex mutui datione und der cond. ex iniusta causa an jene erstere erklären sich zugleich die so befremdenden beiden Thatsachen, zunächst daß die jurisdictionelle condemnatio der triticaria cond. ob caus. auf quanti ea res erit, somit auf Erstattung des pretium rei sich concipirt (§ 71), civilrechtlich aber derselben die Richtung auf das id quod pervenit, somit auf Erstattung des lucrum beigemessen wird (A. 929): denn hierin prägt ein directer Widerspruch zwischen dem Proceß- und dem Civilrechte sich aus, der lediglich in der Weise historisch sich erklärt, daß einerseits in Folge des im Obigen dargelegten constructiven Bildungsprocesses jene Klage die Proceßformel der cond. tritic. empfing, andrerseits aber jener Bildungsproceß selbst zu einer Zeit sich vollzog, wo die Interpretatio bereits machtvoll genug war, um der Proceßformel einen ihrem sprachlichen Gehalte durchaus abweichenden Sinn beizulegen (§ 124); und sodann wiederum, daß die cond. ob caus. eine Aequitätsklage im Dienste des Principes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet und doch zugleich als condictio construirt ist, als Klage somit, die selbst wiederum insofern diesem Principe durchaus ablehnend und heterogen gegenübersteht, als sie durchaus nicht die Nebenfunction einer Schäden- oder Bereicherungsklage übernimmt, durch welche die niederen Positionen der aequitas bezüglich der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung oder bezüglich der impensae necessariae oder des Zwischengewinnes von der res debita verwirklicht und durchgeführt werden: denn hierin prägt sich das widerspruchsvolle Verhältniß aus, daß ein Postulat der aequitas mit den Mitteln und in den Formen, nach den Gesetzen und unter den besonderen Modalitäten des rigor zur Geltung gebracht wird, was wiederum historisch daraus sich erklärt, daß die Entstehung dieser Klage in eine Zeit fällt, wo die wissenschaft-

liche Rechtsbildung noch in hohem Maaße beengt und in ihren Bewegungen behindert war durch die Nothwendigkeit, interpretative Anlehnungen und Stützpunkte für ihre Neubildungen zu gewinnen (§ 49).

§ 121.

Die actio Publiciana rescissoria und de in rem verso. Die condictio ex lege repetundarum.

Die a. Publiciana rescissoria, die nach § 107 von Vorn herein auf den äußerst beschränkten Thatbestand sich erstreckte, daß der absens rei publicae causa oder der in hostium potestate Befindliche durch Usucapion eine ungerechtfertigte Bereicherung erlangte, erfuhr bereits in der gegenwärtigen Periode eine sehr bedeutende Erweiterung ihrer Sphäre durch eine Neuredaction des Edictes, die theils durch Serv. Sulpicius bekundet (A. 1453), theils aus Labeo zu folgern ist (A. 1455).

Und zwar erstreckten sich diese Erweiterungen nach doppelter Richtung: zuerst wurde einestheils die absentia selbst generalisirt durch die Clausel: cum absens non defenderetur, wie anderntheils der absentia noch andere Fälle der Behinderung gleichgestellt: das in vinculis esse nec defendi, dessen Lab. bei Callistr. 2 Ed. mon. (D. IV, 6, 9) gedenkt, dann die Fälle des secum agendi potestatem non facere, des cum eum invitum in ius vocari non liceat neque defenditur, des cum magistratus de ea re appellatus esset und des cum per magistratus sine dolo [malo] ipsius actio exemta esse dicetur,[1453]) woneben dann der Prätor C. Cassius eine specielle Clausel noch bezüglich der Behinderung durch feriae extra ordinem indictae proponirte.[1454]) Und sodann wird bezüglich der Zuständigkeit der Klage dem Erwerbe in

1453) Diese Clausel war bekannt dem Serv.: Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 4); vgl. Lab. das. (D. cit. § 4. 6).

1454) Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 7); vgl. A. 1414. An Stelle solcher speciellen Clauseln trat dann im edictum perpetuum die clausula generalis, vgl. Schilling, Inst. § 131 r. Und der letzteren gehört wohl auch an die Coordinirung des consequi quod non utendo amissum est und des actione solvi ob id, quod dies eius exierit mit der Usucapion; vgl. § 93.

Folge der Behinderung der Verlust in Folge derselben gleichgestellt, somit aber die rescissoria nicht mehr allein wider den Behinderten, sondern auch zu Gunsten desselben neu ertheilt, wobei nun das Edict die beiden alten Clauseln des rei publicae causa abesse und des in hostium esse wieder aufnahm und denselben noch andere verwandte Fälle, so das metu abesse und in vinculis esse beifügte.[1455])

An jene a. rescissoria schließt sich sodann an theils ganz unmittelbar die a. restitutoria wegen circumscriptio minorum (A. 1630), theils aber auch die a. de in rem verso und zwar ebenso in systematischer Beziehung: insofern auch diese Klage unabhängig von dem Gegensatze der bon. fid., wie stricti iur. negotia Platz greift; wie nicht minder in processualischer Beziehung: insofern auch diese Klage nicht selbstständige actio ist, sondern nur technische Modification gegebener actiones directae, durch bestimmte Proceßclauseln vermittelt. Dahingegen schließt diese Klage wiederum an die cond. ex lege repetund. darin sich an, daß sie gleich dieser auf Restitution der Bereicherung tendirt und diese Bereicherung ebenfalls als id quod pervenit bemessen wird, wie solches Alf. 2 Dig. (D. XV, 3, 16) bekundet.

Im Uebrigen gehört die a. de in rem verso dem Ausgange des 6. Jahrhunderts an und hat hier nun ihre Veranlassung gefunden in den landwirthschaftlichen Verhältnissen und deren nach dem punischen Kriege seit 553 sich vollziehenden Umgestaltungen. Denn indem von diesem Zeitpunkte ab die Selbstbewirthschaftung der Landgüter Seitens der Vornehmeren immer allgemeiner aufgegeben und das hauptsächliche Domicil von jenem hinweg in das Stadtgrundstück verlegt ward, so gewann in Folge dessen der villicus eine völlig veränderte Stellung: während bis dahin derselbe ohne eigene Verwaltungsbefugniß und reiner Gutsvoigt war, trat nunmehr derselbe in die Stellung eines Gutsinspectors ein, ausgestattet mit ausgedehnter Dispositionsbefugniß. Und in solcher selbstständigen Stellung begegnen wir nun demselben bei Cat. R. R. 5. 142 und namentlich in c. 5, 3. 4, wie nicht

1455) Lab. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 17. § 1), Paul. 12 ad Ed. (D. cit. 13. pr.) und bei Callistr. 2 Ed. mon. (D. cit. 9) Vgl. im Allgemeinen § 93.

minder auch der villica in c. 143,[1456]) womit denn auch die Instruction für Jenen übereinstimmt bei

Cat. R. R. 5, 4: quod dominus crediderit, exigat. — Duas aut tres familias habeat, unde utenda roget. — Ne quid emisse velit insciente domino;

wozu vgl. Col. R. R. XI, 1, 23: non ullas nundinas nisi vendendae aut emendae rei necessariae causa frequentaverit, und ähnlich I, 8, 6.

Und wie auf dieses höhere Alter jener Klage überdem die bei derselben vorkömmliche archaische, der leg. a. entlehnte Clausel betreffs des dolus malus (A. 1410) hinweist, so begegnen wir nun derselben auch bei Alf. 2 Dig. (XV, 3, 16).

Endlich die letzte dem gegenwärtigen Zeitraume angehörige Klage, welche der Geschichte der maaßgebenden Principien anheimfällt, ist die cond. ex lege repetundarum wider den Dritten auf id quod pervenit, eine Klage, die an sich zwar systematisch eine durchaus untergeordnete Stellung einnimmt, die aber dadurch eine gesteigerte Bedeutung gewinnt, daß von ihr die Extension von Delictsklagen wider den dritten Besitzer des delictischen Objectes auf das Maaß der Bereicherung ihren Ausgang nimmt und zwar in der nächsten Periode zunächst auf die a. quod met. c. übertragen und dann in noch weitergreifender Maaße verallgemeinert wird (§ 134).

Und zwar ist jene cond. selbst eine subsidiäre, civile Adhäsions-Klage zur criminellen accusatio repetundarum: einestheils nur dann und insoweit zulässig, als von dem criminell Verurtheilten der nach Maaßgabe der bezüglichen litis aestimatio sich ergebende Betrag der Repetunden nicht zurückzuerlangen war, und insoweit nun wider den dritten Besitzer der Repetunden auf die Restitution des quod ad eum pervenit sich richtend, andrerseits aber wiederum vor die nämlichen Individuen verwiesen, welche ebenso in der quaestio perpetua repetundarum als iudices, wie in der derselben adhärirenden litis aestimatio als recupera-

---

1456) Wegen des villicus vgl. auch Varr. RR. I, 2, 14. Col. RR. I, 8, 1 fg. XI, 1. und wegen der villica: Col. RR. XII, 1. Vgl. auch Lab. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIV, 3, 5. § 2).

tores fungirt hatten [1457]) und die somit nun auch in jenem iudicium als recuperatores richteten. In ihrer Entstehung aber geht jene Klage zurück auf die lex Servilia repetundarum von 654 und auf die lex Cornelia de sicariis et veneficiis von 673, durch deren Capitel de corruptis iudiciis dieselbe auch auf den Thatbestand der Annahme von Bestechungen Seitens des iudex quaestionis übertragen wurde, [1458]) worauf dann endlich die lex Julia repetundarum von 695 ebenso den Thatbestand der Repetunden, wie demgemäß die Anwendbarkeit jener Klage selbst noch weiter extendirte. [1459]) Im Uebrigen aber qualificirt sich

---

1457) Subsidiarität: Cic. p. Rab. Post. 4, 8. 13, 36. 37. Richterpersonal: Cic. cit. 5, 10. p. Cluent. 41, 116. Cael. bei Cic. ad Fam. VIII, 8, 3. Recuperatoren der lit. aestim. z. B. bei Tac. Ann. I, 74. und so auch bereits früher in dem iudicium repetund. extraordinarium im J. 581 bei Liv. XLIII, 2.

1458) Cic. p. Rab. Post. 4, 8. 9: iubet lex Julia persequi ab iis, ad quos ea pecunia, quam is ceperit, qui damnatus sit (sc. repetundarum), pervenerit; — hoc totidem verbis translatum caput est, quot fuit non modo in Cornelia, sed etiam ante in lege Servilia; bezüglich der lex Servilia auch Cic. p. Cluent. (688) 41, 116: fieri videmus, ut reo damnato de pecuniis repetundis, ad quos pervenisse pecunias in litibus aestimandis statutum sit, eos iidem iudices absolvant. — Rein, Crim. Rt. 621 und die das. Citirten verstehen unter jener lex Cornelia eine eigene lex repet., während wiederum Zumpt, Crim. Rt. II, 1, 358 fg. bei Cic. jede Bezüglichkeit auf Repetunden leugnet. Beides wird widerlegt durch Marc. 14 Jnst. (D. XLVIII, 8, 1. § 1): tenetur (sc. lege Corn. de sic. et venef.), qui hominis necandi causa venenum confecerit, dederit quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur quive magistratus iudexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret; denn darnach verhält sich die Sache so wie oben dargestellt.

1459) Cic. p. Rab. Post. 4, 8 (A. 1458); Cael. bei Cic. ad Fam. VIII, 8, 2 (703): neque Laterensis praetor postulante Pausania — „Quo ea pecunia pervenisset“ recipere voluit; vgl. im Allgemeinen Zumpt, a. O. II, 2, 294 fg. Bezüglich der Erben insbesondere greift eine ganz andere Rechtsordnung Platz: dieselben haften zwar ebenfalls nur auf id quod pervenit, allein dies nicht mit der cond. ex lege repetund., als vielmehr mit der litis aestimatio repetund.: es wird hier, wie beim crimen peculatus und de residuis und wie beim crimen maiestatis auch nach dem Tode des Bezüchtigten die accusatio wider denselben erhoben oder resp. fortgesetzt, derselbe dann von den Erben vertheidigt und im Verurtheilungsfalle endlich beim crimen maiestatis die Confiscation der bona defuncti vollzogen (A. 1898), bei crimen peculatus, de residuis und repetund. dagegen wider die Erben litis

diese Klage ohne Weiteres als cond. ex lege,[1460]) der nun von Vorn herein, durch die Klagformel selbst bestimmt (A. 1460), die Richtung auf das id quod pervenit im technischen Sinne d. h. auf die überhaupt erlangte Bereicherung zukam, bis dann die nächstfolgende Periode zweifelsohne solche Haftung auf das Maaß des quanto locupletior factus est d. h. auf den Betrag der zum Zeitpunkte der Litiscontestation noch vorhandenen Bereicherung abminderte (A. 928).

---

aestimatio auf id quod ad eos pervenit gegeben. Dies erhellt aus Plin. Ep. III, 9, 6. 17 (101): Baetica etiam in defuncti (sc. Caecilii Classici) accusatione perstabat. Provisum hoc legibus, intermissum tamen et post longam intercapedinem tunc reductum (wo eine accusatio wider den Defunctus noch gar nicht erhoben ist, wie Plin. § 5 besagt: accusationem — morte praevertit). — Bona Classici, quae habuisset ante provinciam (sc. susceptam) placuit senatui a reliquis separari, illa filiae, haec spoliatis; Scaev. 4 Reg. (D. XLVIII, 11, 2): datur ex hac lege (sc. Julia) et in heredes actio intra annum duntaxat a morte eius, qui arguebatur; Pap. 36 Quaest. (D. XLVIII, 13, 14): publica iudicia peculatus et de residuis et repetundarum similiter adversus heredem exercentur nec immerito, quum in his quaestio principalis ablatae pecuniae moveatur; Modest. 2 de Poen. (D. XLVIII, 2, 20): ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademtionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur; Grat. Val. et Th. im C. Th. IX, 27, 4 (332). Von dieser litis aestimatio peculatus, de residuis und repetund. auf id quod ad heredes pervenit nehmen später die privatrechtlichen delictischen Klagen auf id quod pervenit wider die Erben ihren Ausgang: A. 1642. — Ganz unklar ist Rein, a. O. 641, wogegen richtig unterscheidet Zumpt, a. O. II, 1, 201 fg. Crim. Pr. 409 fg.

1460) Für die Klagformel ist maaßgebend Cic. p. Rab. Post. 4, 8: causa „Quo ea pecunia pervenerit"; § 9: „Quo ea pecunia pervenisset" causa; 13, 37: „Quo ea pecunia pervenerit"; ad Fam. VIII, 8, 2: praetor „Quo ea pecunia pervenisset" recipere voluit; vgl. A. 1458. Danach ergiebt sich die Klagformel: quod ea pecunia, quam L. Titius repetundarum damnatus abstulit, cepit, coëgit, conciliavit avertitve, ad Num. Negidium pervenit, quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere, eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato: Beil. XIX A. 13.

§ 122.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

Die aequitas in ihrer von Alters her gegebenen Eigenthümlichkeit als Trägerin des Gesetzes der öconomischen Angemessenheit oder Billigkeit in Abwägung von collidirenden Vermögensinteressen (§ 100) erfährt in dem gegenwärtigen Zeitraume nach doppelter Richtung hin eine Verallgemeinerung jenes ihres Wesens: von der Theorie wird derselben neben der damni ratio auch noch die Vertretung der voluntatis ratio überwiesen (S. 268), während im Munde des Volkes dieselbe zur Billigkeit überhaupt sich verallgemeinert (A. 1326).

In dieser letzteren und an sich rein vulgären Beziehung fand aber die aequitas auch eine systematische Einordnung und Behandlung theils in dem rechtsphilosophischen Systeme Cicero's, wo sie, in Nachbildung der ἰσότης des Aristoteles, als Princip des Rechtes im Allgemeinen auftritt (Beil. I), theils aber auch in Cicero's Theorie der Rhetorik, in welcher sie neben der honestas und utilitas als Norm anerkannt wird, welche die allgemeinsten leitenden Gesichts- und Zielpunkte der oratorischen Aufgabe bestimmt. Und zwar ist im Besonderen die Stellung dieser drei Gesetze zu den drei Theilen der Beredtsamkeit wiederum eine verschiedene: denn während die honestas eine prärogative maaßgebende Bedeutung für das genus causarum demonstrativum und die utilitas wiederum eine solche für das genus deliberativum hat, so ergiebt dagegen die aequitas die vornämliche Aufgabe für das genus iudiciale,[1461]) dem entsprechend daher Cic. Part. Or. 28, 100 diesem genus die excipienda iniquitas actionis und die comparanda aequitas überweist und in Top. 24, 91 sagt: iudicii finis est ius; — — iuris autem partes tum expositae, cum aequitatis. Und die gleiche Theorie bietet auch der Verfasser des Dial. de Orat.[1462])

1461) Cic. de Jnv. II, 4, 12. 51, 156. Part. Or. 21, 71. 24, 83. 28, 98. Top. 24, 91. vgl. 25, 94.

1462) Dial. de Orat. 31: in iudiciis fere de aequitate, in deliberationibus de honestate dicimus, ita ut plerumque haec ipsa invicem misceantur.

Im Besonderen aber ist es die constitutio generalis oder iuridicialis und resp. die definitiva, welcher die Erörterung, Darlegung und Begründung der aequitas, ebenso wie des ius berufsmäßig zufällt. Daher wird denn von Cic. de Inv. I, 11, 14 die constitutio generalis, welche sich mit der juristisch relevanten Qualification des Rechtsfalles beschäftigt,[1463]) in die zwei Theile zerlegt: in die iuridicialis causa, in qua aequi et recti natura aut praemii aut poena ratio quaeritur (vgl. II, 21, 62—22, 68) und in die negotialis causa, in qua, quid iuris ex civili more et aequitate sit, consideratur (vgl. II, 23, 69—39, 115); und nicht minder wird in Part. Or. (Beil. XVII § II unter C III) der constitutio iuridicialis die Erörterung überwiesen: aut de honestate aut de utilitate aut de aequitate (19, 66) und dieselbe dahin characterisirt: in aequitate et iure maxime consistit (28, 100); aequi et veri et recti et humani ad ignoscendum disputatio, aequitas opponenda (29, 102); und endlich wieder wird in Top. 25, 94 (Beil. XVII unter B) der constitutio definitiva und iuridicialis die Erörterung unterstellt de utilitate, honestate, aequitate deque iis rebus, quae his sunt contrariae. Und die gleiche Theorie findet sich auch bei Quint. J. O. VII, 4, 3, der dem status iuridicialis die Erörterung der aequitas zuweist, und wird practisch illustrirt durch Cic. de Off. III, 22, 80: male etiam Curio, cum causam Transpadanorum aequam esse dicebat, semper autem addebat: „Vincat utilitas."

Endlich bietet aber auch die aequitas neben utilitas und honestas einen Maaßstab, nach welchem das Ergebniß der interpretatio ex voluntate controlirt und bestätigt wird (§ 27 unter 4a).

Was sodann insbesondere das Princip nemo cum damno alterius locupletior fieri debet betrifft, so trat dasselbe, wie in § 101. 111 dargelegt, von Alters her im Munde des Volkes in zahlreichen Einzelsentenzen gnomischen Characters zu Tage, als ein Stück somit jenes von dem Volke bewahrten Schatzes von volksthümlich speculativen Ideen über Billigkeit und Moral,[1464])

1463) Cic. de Jnv. I, 8, 10: qualis res sit. Im Uebrigen vgl. Beil. XVII § II unter A II.

1464) Vgl. noch Ter. Andr. IV, 1, 1 fg.: hoccine credibile — —, |

und diese Sentenzen wurden sodann im gegenwärtigen Zeitraume von der Rechtswissenschaft in mannichfache regulae iuris und constitutiones umgesetzt. Während so daher hier wie dort solches Princip lediglich in concreterer Urtheilsform kundgegeben ward (Thl. I § 78), so ist es nun die Philosophie, welche am Ausgange dieses Zeitraumes dasselbe in der logischen Allgemeinheit seines Denkgehaltes erfaßt und dementsprechend auch in eine abstractere Fassung verlautbart. Denn so überweist Cic. de Off. I, 7, 20 dem ius naturale die beiden Principien: ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis und: ne cui quis noceat, nisi lacessitus iniuria (Thl. I § 38), und erläutert sodann das letztere in III, 5 dahin:

Detrahere — alteri aliquid et hominem hominis incommodo suum augere commodum magis est contra naturam, quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cetera, quae possunt aut corpori accidere aut rebus externis. Nam principio tollit convictum humanum et societatem. Si enim sic erimus affecti, ut propter suum quisque emolumentum spoliet aut violet alterum, disrumpi necesse est eam, quae maxime est secundum naturam, humani generis societatem (vgl. Thl. I § 46). — — Si unus quisque nostrum ad se rapiat commoda aliorum detrahatque quod cuique possit emolumenti sui gratia, societas hominum et communitas evertatur necesse est. Nam sibi ut quisque malit quod ad usum vitae pertineat quam alteri acquirere concessum est non repugnante natura, illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus.

Während so daher die Philosophie ihre in Theil I § 44 präcisirte Aufgabe erfüllt, „daß sie die leitende Idee und den Grundgedanken, welcher den einzelnen gegebenen Satzungen und Institutionen des Volkes inwohnt und durch dieselben in einzelnen

tanta vecordia innata cuiquam ut siet, | — — ex incommodis | alterius sua ut comparent commoda? ah! | Idne'st verum? immo id est genus hominum pessimum; wo verum im Sinne von aequum steht: Stallbaum in h. l.; Heaut. II, 4, 16 fg.: me quidem semper scio fecisse sedulo, | ut ex illius commodo meum comparem commodum; Hec. V, 3, 42: multa ex quo fuerint commoda, eius incommoda aequomst ferre; Liv. IV, 58, 2: tantum abfuit, ut ex incommodo alieno sua occasio peteretur; Syr. sent. 297 Wölf.: lucrum sine damno alterius fieri non potest.

Beziehungen sich offenbart, der Nation zur selbstbewußten geistigen Anschauung, zur vollen Erkenntniß, zur fruchtbringenden Reflexion emporhebe", so hat andererseits dagegen dieselbe durch die practische Verwerthung jenes Principes und durch dessen casuistische Behandlung, wie solche nach dem Vorgange der Stoiker bei Cic. de Off. III, 12, 50 — 14, 58 und c. 17 uns entgegentritt, einen fördernden Einfluß auf dessen Verwendung für das Recht nicht zu gewinnen vermocht, da die Ergebnisse der diesfallsigen Untersuchungen um des dabei überwiegenden Standpunktes der moralischen Betrachtung willen den Anforderungen und Bedürfnissen des Lebensverkehres nur widerstrebten (Theil I § 40). Denn das unbeschränkte Verbot der Förderung des eigenen Vortheiles auf Unkosten des Mitinteressenten und die Anforderung, Nichts um solchen Vortheiles willen zum Nachtheile des Anderen zu verschweigen, wie überhaupt auf Unkosten des Anderen weder durch Wort, noch That den eigenen Nutzen zu verfolgen; und so insbesondere die Anforderung, daß der Verkäufer der schönfärbenden Anpreisung seiner Waare sich enthalten, vielmehr jeden Mangel derselben dem Käufer anzeigen, der Abkäufer aber wiederum nicht unter dem wahren Werthe die Sache erkaufen und das Preis-Minus dem Verkäufer nachzahlen solle; derlei Postulate der Philosophie verkennen in der That die Bedürfnisse des geschäftlichen Verkehres und treten in den schroffesten Widerstreit mit dessen Tendenzen und Triebkräften selbst: denn indem die gesammte Güterbewegung ihren vornämlichen Zielpunkt in Wahrheit in einer dem eigenen Vortheile dienenden Veränderung des jeweilig gegebenen Besitzstandes findet und somit ihre letzte Tendenz nicht in einem Austausche reiner Aequivalente, als vielmehr in einem Umsatze zur Förderung des eigenen Nutzens besteht, so muß nun jenes Verbot der Verfolgung des eigenen Vortheiles auf Unkosten des Mitinteressenten nothwendig gewissen Beschränkungen unterworfen werden, welche selbst, den volkswirthschaftlichen Gesetzen des geschäftlichen Verkehres Rechnung tragend, nur aus diesen allein entnommen werden können.

Und darin nun, daß die Philosophie, diesen Sachverhalt verkennend, den Güterverkehr durchaus einseitig dem Gesetze der Moral unterstellt, liegt der letzte Grund, weßhalb derselben die Lösung der angeregten Fragen mehrfach völlig mißlang, im All-

gemeinen aber die von derselben gewonnenen Resultate ohne practischen Werth und ohne Verwendbarkeit für das Leben, wie ohne unmittelbare Brauchbarkeit für die Rechtstheorie sich erwiesen, demgemäß die letztere zwar die bezüglichen Probleme der Philosophie, nicht aber deren Lösungen recipirte, wie z. B. Flor. 8 Inst. (D. XVIII, 1, 43. § 2) ergiebt.

Vielmehr haben Volksanschauung und Rechtswissenschaft, jenes Verbot auf die ungerechtfertigte Vermögensschädigung, wie Bereicherung beschränkend und die boni mores, somit in letzter Instanz die volkswirthschaftlichen Gesetze als Maaßstab solcher Rechtfertigung oder Grundlosigkeit setzend, von Vorn herein den richtigen Weg in Behandlung jenes Principes eingeschlagen; denn wie einerseits die aequitas oder fides bona Trägerin jenes Verbotes ist, so nun findet dieselbe auch in sich selbst jenen Maaßstab der Rechtfertigung: in den volkswirthschaftlichen Gesetzen des Verkehres nämlich, die, in den boni mores beruhend, eine Controle jenes Verkehres ergeben. Daher tritt in jenem Principe die aequitas als Maaßstab der Beurtheilung für die geschäftliche Güterbewegung in der Weise auf, daß sie nach dem Gesichtspunkte sachlicher Rechtfertigung diese öconomischen Vorgänge billigt oder reprobirt, diese sachliche Rechtfertigung selbst aber in den gegebenen Gesetzen des wirthschaftlichen Verkehres: in den boni mores sucht und gewinnt (§ 68). Im Uebrigen aber gehört die abstracte Präcisirung des Principsatzes selbst und das doctrinelle Operiren mit solchem erst der folgenden Periode an (§ 140), wenngleich auch in dem gegenwärtigen Zeitraume bereits gewisse Anfänge davon hervortreten, so bei Ofil. in Paul. 6 ad Ed. (D. II, 10, 2): ne ex dolo servi dominus lucretur.

Endlich im Einzelnen hat die Rechtsbildung dieses Zeitraumes innerhalb der Sphäre des obigen Principes Sätze von hohem speculativen Werthe für das Recht geschaffen und präcisirt, so vor Allem in dem Satze commodum eius est, cuius periculum est (§ 113), der, auf dem leitenden Gesichtspunkte der öconomischen aequitas beruhend, daß durch die Zuweisung des commodum eine finanzielle Ausgleichung des periculum in potentia zu gewähren sei,[1465]) darin einen mit dem ἴσον des Aristoteles, wie mit dem

1465) Vgl. Mommsen, Erörter. I, 15. Allerdings balanciren commo-

par des Cicero (A. 1256) verwandten Gedanken verlautbart; und nicht minder sodann in dem Satze: ubi utriusque utilitas vertitur, et dolus malus et culpa praestatur, ubi unius solius utilitas vertitur, dolus malus solummodo praestatur (§ 112), eine Position, in der wiederum an Stelle des commodum die zu Ausgang dieses Zeitraumes so viel ventilirte utilitas (Theil I, 394. Theil II A. 780) eintritt.

§ 123.

Fortsetzung.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

Der Verlauf, welchen die historische Entwickelung des gegenwärtigen Zeitraumes in Bezug auf die damni ratio einschlägt, ist ein wesentlich anderer, als solcher zur gleichen Zeit innerhalb der Sphäre der voluntatis ratio sich vollzog: während hier bereits während der gegenwärtigen Periode ein Uebergreifen der aequitas in die Sphäre des rigor beginnt, wodurch die Herrschaft des Letzteren innerhalb seines altüberlieferten Gebietes in ihrem Bestande selbst bedroht ward (§ 53), so entwickeln sich auf dem Boden der damni ratio so aequitas, wie rigor im Allgemeinen selbstständig und unabhängig neben einander und ohne gegenseitig sich zu beeinträchtigen oder zu verkümmern. Diese Erscheinung erklärt sich aus einer zwiefachen Thatsache: einestheils ist es die specifische Verschiedenheit der Lebensverhältnisse selbst, welche eine verschiedene rechtliche Ordnung in der Richtung des hier maaßgebenden Principes erheischt: und wie in diesem Punkte der moderne Geschäftsverkehr eine im Principe völlig verschiedene Rechtsordnung bezüglich des Wechsels einerseits und des Kaufes andererseits durchgesetzt hat und aufrecht erhält, so ist es der parallele Gegensatz, der im röm. Leben zwischen der Stipulation oder der mutui

---

dum und periculum finanziell nicht vollständig, da die Möglichkeit des Unterganges der res näher liegt, als die des Gewinnes vom Alterum Tantum. Im Uebrigen geht jenem Satze das verwandte Axiom voraus dotis fructus ad eum pertinent, qui onera matrimonii subit, so z. B. Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 7. pr.).

datio einerseits und der emtio vend. oder der societas andererseits zur Geltung kommt. Und sodann ist es wiederum die Stipulation mit doli clausula, welche, indem sie es in die Hand der Verkehrenden selbst legt, die Geltung des rigor da zu beschränken, wo solcher dem Verkehrsbedürfnisse widerstrebte, dessen Herrschaft außerhalb der Sphäre solcher Clausel das Belästigende oder Verletzende für den Geschäftsverkehr benahm. So daher entwickeln sich rigor, wie aequitas in friedlichem Nebeneinanderbestehen zu neuen Gestaltungen und Ordnungen, ja es adoptirt sogar die letztere bei einzelnen ihrer Neubildungen gewisse Motive des ersteren in den von diesem entlehnten poenae temeritatis (§ 108).

Allerdings nun greift wiederum die aequitas in verschiedenen Punkten über in die Sphäre des rigor, hier ihre eigenen Ordnungen zur Geltung bringend. Allein das historische Motiv hierfür liegt weniger darin, daß die Zeitanschauungen von dem rigor grundsätzlich sich abgewendet hätten, als vielmehr darin, daß in Folge des eingetretenen Wandels von Sitten und Grundsätzen gewisse Consequenzen des rigor zu unerträglichen Uebelständen führten und so nun ganz von selbst zu einer Correctur hindrängten. Und dann nun konnte allerdings der Zweifel nicht ausbleiben, ob denn in dem strictum ius eine solche gravirliche Verletzung des betreffenden Postulates der aequitas fernerhin noch zu gestatten sei, welches von der herrschenden Volksanschauung selbst als das Angemessene vertreten und in dem arbitrium honorarium bereits durchgesetzt war, und ob denn überhaupt die durch stricti iur. a. geschützten Rechtsverhältnisse ihrer Natur nach so ganz unvereinbar mit jener nämlichen Satzung des aequum sich erwiesen. Und indem solche Frage verneint ward, so erfolgte nun jene Correctur des strictum ius durch die Mittel der aequitas.

Diese Correctur selbst aber beschieht auf ganz eigenthümlichem Wege. Denn indem die stricti iur. a. an sich als ungeeignet angesehen ward, die Postulate der aequitas in sich aufzunehmen und zu verwirklichen und dem entsprechend sich selbst zu modificiren, so beschieht nun solche Uebertragung der Satzungen der letzteren auf die erstere nicht im Wege einer entsprechenden Aenderung der Structur solcher Klagen, als vielmehr in der Weise, daß ganz neue und selbstständige Rechtsmittel geschaffen werden zu dem Behufe, den betreffenden Sätzen der aequitas auch innerhalb

des strictum ius Anwendung zu verschaffen: a. und exc. de dolo malo und quod met. c., wie a. de eo quod certo loco. Und namentlich ist es die letzte Klage, welche in höchst characteristischer Weise jenen Sachverhalt veranschaulicht, insofern als hierbei die Uebertragung der der aequitas angehörigen Rechtsordnung der mora solvendi auf stricti iur. negotia mit vereinbartem Solutionsorte nicht direct, als vielmehr nur durch das Mittel einer processualischen Modification der condictio durchgeführt wird. So daher wird auch jetzt noch trotz jener Eingriffe der aequitas in die Sphäre des rigor das Gebiet beider durch das juristische Naturell der einzelnen actiones bestimmt, indem die bezüglichen Klagen einen scharf ausgeprägten Character je als iudicia oder arbitria an sich tragen und so nun die Gränzen beider Gebiete bestimmen und deutlichst markiren, während die Rechtsverhältnisse an sich gleichzeitig dem rigor, wie der aequitas sich erschließen in der Weise, daß z. B. die Stipulation durch eine stricti iur. a. geschützt ist und doch die a. de dolo malo erzeugen kann. Ganz am Ausgange dieser Periode tritt indeß ein ganz neuer Gedanke auf in dem Versuche, welchen Serv. Sulpicius macht, auf die cond. triticaria ganz direct die Rechtssätze von der mora zu übertragen (§ 119).

Im Besonderen aber bewerkstelligt sich, wie in § 108 dargelegt, das Uebergreifen der aequitas in die Sphäre des rigor auf doppeltem Wege: theils durch Klagen, die ex professo berufen sind, den Satzungen des aequum innerhalb des strictum ius Geltung zu verschaffen, theils durch Klagen, welche den Beruf haben, die Sätze der aequitas gleichmäßig innerhalb deren Gebietes, wie innerhalb der Sphäre des rigor zu verwirklichen und denen gegenüber somit der gegebene Gegensatz von aequitas und rigor als unmaaßgeblich aufgefaßt ward. In allen diesen Punkten aber prägt nun allerdings die Tendenz sich aus, zu Gunsten der aequitas eine Ausgleichung zwischen dieser und dem rigor herbeizuführen, eine Tendenz, wofür von Alters her bereits die a. ex stipulatu gewissermaaßen einen Vorgang bot.

Im großen Ganzen endlich beherrscht während des gegenwärtigen Zeitraumes der rigor gleich als das normale Princip den größeren Theil des Rechtsgebietes und zwar vornämlich das ius civile, während er auf das ius gentium nur in der Mehrzahl

der Condictionen[1465a]) und in dem agere in rem per sponsionem übergreift; dagegen die aequitas nimmt noch die Stellung eines singulären Principes ein, dem die arbitria legitima des ius civile, wie die arbitria honoraria und die formula petitoria, endlich auch die actiones in factum conceptae des ius gentium unterfallen. Allein selbst in den arbitria honoraria erweitert sich erst allmählich das von Vorn herein auf die emtio vend. allein beschränkte Gebiet der aequitas, während wiederum die formula petitoria erst dem Ausgange des gegenwärtigen Zeitraumes angehört.

Was nun das aequum et bonum insbesondere betrifft, so ward der Impuls zu den bezüglichen Neubildungen hier, wie allenthalben gegeben durch den eingetretenen Wechsel von nationalen Anschauungen und Sitten, durch die Umwandelung von Grundsätzen und Verkehrsgewohnheiten, im Besonderen aber durch den Verfall der väterlichen Sitte und das Hervortreten neuer nationaler Fehler und Untugenden (A. 468), endlich in gewissen Beziehungen auch durch den Eintritt peregriner Elemente in den römischen Geschäftsverkehr (§ 53). Und so ist es namentlich die Abschwächung der altnationalen fides: der Treu und Redlichkeit des Verkehres (§ 53), das Ueberhandnehmen von captiöser Ausnutzung des Rechtes (A. 392. 474. 1285), das Auftreten endlich von Betrug, wie Gewaltthätigkeit im Dienste rücksichtsloser Geldgier und Gewinnsucht,[1466]) wodurch die a. bon. fid., de dolo und quod met. c., wie nicht minder die a. de in rem verso und de eo quod certo loco, die cond. ob caus. und ex lege repetund. in's Dasein gerufen wurden. Die historische Ent-

---

1465a) Von Vorn herein aus mutui, und ob causam datio, sowie in Folge späterer Uebertragung aus Expensilation und Stipulation: Th. II, 652, wo indeß die die Stipulation betreffende Bemerkung nach Maaßgabe von Beil. XIX § VII unter V B 2 zu berichtigen ist.

1466) Was den dolus malus betrifft, so gehören hierher noch die lex Cornelia de falsis v. 673, sowie die a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus quis in iudicio sistat: Ofil. bei Paul. 6 ad Ed. (D. II, 10, 2). Die vis aber betreffen die leges Plautia v. 665, Lutatia v. 676, Pompeia v. 702 und Juliae: Danz, Gesch. d. r. R. II, 213; dann die leges repetundarum: § 121; endlich die a. de vi hominibus armatis coactisve v. 678 und die a. adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocatur: Ofil. bei Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 7, 1. § 2). Vgl. § 118 und im Allgemeinen Thl. II A. 699.

wickelung selbst aber des aequum entfaltet zwar während des gegenwärtigen Zeitraumes noch nicht jene Fülle der Einzelbildungen und jene Reichhaltigkeit des Details, welche die nächste Periode darbietet; immerhin aber offenbart sich darin eine überraschende Gestaltungskraft für neue Grundformen: denn alle jene Formationen, die in so reicher Entfaltung in der nächsten Periode hervortreten, sind in keimartigen Ansätzen und in ihren Grundtypen bereits von dem gegenwärtigen Zeitraume geschaffen.

Für die normative Durchbildung jener Formationen nun ist der wichtigste, weil folgenreichste Moment die Verschmelzung der fides mit der aequitas, die Verbindung somit eines rein ethischen Elementes mit dem alten öconomischen aequum et bonum (§ 108). Denn indem so diesem Gesetze der Billigkeit oder Angemessenheit in Schlichtung von Conflicten concurrirender Vermögensinteressen das Gesetz von Treu und Glauben in geschäftlichen Dingen als integrirender Bestandtheil sich einordnet und andrerseits wiederum die fides bona zum subjectiven Correlate auch des aequum sich verallgemeinert, so wird damit nun eine außerordentlich erweiterte und freie Wirkungssphäre für alle Bewegungen und constructiven Operationen gewonnen, welche Gewohnheit, Rechtstheorie, wie Spruchpraxis auf der Basis der aequitas oder fides bona vollziehen, insbesondere aber werden die öconomisch ausgleichenden Tendenzen der aequitas gegenüber den Vermögensverletzungen in ausgedehntester Maaße zum Motive der Rechtsbildung, die boni mores zum allgemeinen Regulator der dort maaßgebenden Pflichten erhoben.[1467])

Für alle jene Bewegungen und Operationen war dabei das reflexive Centrum gegeben in dem Principe nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, welches selbst nun nach der dreifältigen Richtung hin zur Geltung gelangte theils der Repression der ungerechtfertigten Schädigung, theils der Restitution der un-

1467) Vgl. z. B. Qu. Muc. bei Cels. 7 Dig. (D. XVII, 1, 48. pr.): si quis sub usuris creditam pecuniam fideiussisset et — — reus fideiussori denuntiasset, ut recusaret sub usuris debitam esse, nec is propter suam existimationem recusare voluisset, quod ita solverit a reo petiturum, wozu vgl. Cels.: hoc bene censuit Scaevola: — — non oportet esse noxiae fideiussori, si ipse pepercisset pudori suo. Und so nun auch Jul. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 12). Im Uebrigen vgl. § 111.

gerechtfertigten Bereicherung, theils endlich der Wahrung der Zweiseitigkeit in Berücksichtigung der hierbei betheiligten Interessen. Und nach allen diesen drei Richtungen hin wird jenes Princip unter den diesem Zeitraume angehörigen Gebilden am Vollkommensten und Umfassendsten in den bon. fid. actiones, sowie in geminderter Maaße in der formula petitoria verwirklicht, wogegen reine Schädenklagen sind die a. de dolo malo, quod met. c. und de eo quod certo loco, und reine Bereicherungsklagen wiederum die cond. ob caus. und ex lege repetund., wie die a. de in rem verso, während wiederum in der Publiciana rescissoria auf ganz eigenthümlichem Wege die Beseitigung der Bereicherung vermittelt wird.

Alle diese Neubildungen aber werden auf inductiven Wege gewonnen: aus der concreten Wahrnehmung, welche das Einzelvorkommniß an Gestaltung, Ordnung, Anforderung darbot, wurde der regelnde Satz abstrahirt, um dann mehr und mehr in seinem normativen Gehalte verallgemeinert zu werden. Und so erwuchsen zugleich die Rechtsordnungen aus den Vorkommnissen und Bewegungen eines kosmopolitischen Verkehres, dessen Bedürfnissen mit offenem Verständnisse abgelauscht, wie angepaßt. So daher sind jene Neubildungen nicht allein für das römische Recht von dem entscheidendsten Einflusse geworden, dessen gesammte spätere Entwickelung in der tiefgreifendsten Maaße bestimmend, sondern es haben dieselben geradezu eine welthistorische Bedeutung erlangt: insofern gerade solche Entwickelung nach jener Richtung hin das römische Recht befähigte, den begabtesten Culturvölkern des Mittelalters, wie der Neuzeit das Recht oder den Rechtsstoff zu liefern. Und wenn allerdings erst die nächstfolgende Periode jenen Bau zum Abschluß bringt und in seinen Details vollendet, so hat doch immerhin bereits der gegenwärtige Zeitraum dessen Plan geliefert und dessen Grund errichtet. Denn in der That beruht die Bedeutung der reformatorischen Thätigkeit der gegenwärtigen Periode weniger in der Zahl der neu geschaffenen Rechtsinstitute und Rechtsmittel, als vielmehr in den neuen Gesichtspunkten und Kategorieen, in den neuen Rechts-Anschauungen und -Begriffen, welche im Gefolge jener Neubildungen in das Recht Eingang oder doch, neben den arbitria legitima, eine neue Verwendung gewinnen und hier nun allmählich zu den maaß-

gebenden erhoben werden (Thl. II § 86 fg.). Und so nun sind es die Begriffe von commodum und utilitas (§ 122 a. E.), wie der causa des Erwerbmodus, welche zu Anknüpfungspunkten ganz neuer Doctrinen erhoben werden, während die subjective Verschuldung mit ihren Unterarten von Vorsatz und Fahrlässigkeit und ihrem Gegensatze des Zufalles,[1468] und dann wiederum der dolus malus (Arglist) und die vis,[1469] nicht minder aber auch der Begriff der Bereicherung eine erhöhte Bedeutung für das Vertragsrecht und damit eine völlig veränderte dogmatische Stellung im Privatrechte gewinnen. Und dem entsprechend werden durch jene Neubildungen einestheils ganz neue Ordnungen in das Recht hineingetragen, so namentlich in der Relevanz der

---

1468) § 112. A. 1579. Dies wirkt auch zurück auf das Delict- und Criminalrecht, so Ael. Gall. und Serv. bei Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24,7. § 4), und A. 1367.

1469) Wegen der dogmatischen Untersuchungen über den Begriff dolus malus s. § 118. — Die Untersuchungen über die vis erstrecken sich zunächst auf die Frage über das Verhältniß zwischen vis und metus: so deducirt in dem Processe des Caecina wider den Aebutius Piso als Vertheidiger des Letzteren, daß vis die metus nicht mit inbegreife, während Cic. als Vertheidiger des Ersteren das Gegentheil behauptet: Thl. I, 53. 56., eine Frage mit welcher in Zusammenhang steht der Wechsel des Ausdruckes im Edicte: § 116, wozu vgl. auch A. 195; dann wieder wird die Frage erörtert, welche angewendete Mittel den Thatbestand der vis ergeben, so Auct. ad Her. III, 2, 3: vis decernitur per exercitus, classis, arma, tormenta, evocationes hominum et alias huius modi res; Sen. Contr. IX, 26, 8 und Exc. Contr.: IX, 3, 3: lex (i. e. edictum Quod met. c.) arma et vincula et ultimum periculum complectitur, sowie Contr. IX, 28, 6. Exc. Contr. IX, 5, 2: nulla vis est, quae arma, quae pugnam, quae vulnera non habet; nicht minder wird das Requisit aufgestellt, daß der erregte metus tolerabel sein müsse: Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 5) u. a. m. Und endlich dann wird der doppelte Begriff von vis geschieden als Vergewaltigung, welcher maaßgebend ist z. B. bei a. vi bon. rapt., quod met. c. und interd. unde vi, so Latr. bei Sen. Contr. IX, 26, 8: vis est necessitas, ubi, velim nolim, subcumbendum est mihi, und später Paul. sent. rec. I, 7, 7. sammt der Definition von metus bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 1); wie andererseits der weitere Begriff von Eigenmächtigkeit, wie solcher maaßgebend ist bei den interd. retinend. poss. und quod vi aut clam, so Qu. Muc. bei Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 1. § 5): vi factum videtur, si quis, contra quam prohibetur, fecerit, und dann Trebat. Cascell. und die Späteren bei Ulp. cit. § 6 fg.; vgl. Keller, Semest. Tull. I, 316. A. 42. Schmidt, Interdict. 50.

Vitiosität der secundären causa, wie hinsichtlich des Kaufes auf Credit, wo, indem mit der Perfection der emtio vend. das periculum der res emta auf den Abkäufer übertragen wird, der Grundsatz zur Geltung kommt, daß die Creditgewährung auf Gefahr des Creditempfängers beschieht; und anderntheils gewinnen auch wieder gewisse Rechtsverhältnisse eine völlig veränderte theoretische Gestaltung und Bedeutung, so namentlich die mora solvendi und die Vereitelung der Solution, an welche nunmehr der Lehrbegriff der perpetuatio obligationis sich anknüpft (A. 1371), während wiederum die pacta praetoria commodati und depositi Veranlassung geben, bei Vereitelung der Solution die Haftung des Debitor an ein verschiedenes Maaß der Verschuldung zu knüpfen (§ 112 a. E.).

Sodann treten aber auch völlig neue und eigenthümliche Tendenzen in der Sphäre jener Neubildungen der aequitas zu Tage, und zwar vor Allem einerseits die Tendenz, die Haftung des Debitor im Falle von dessen Verschuldung zu steigern, was in der Interpretatio des quanti ea res erit als quanti interest sich manifestirt (§ 124 unter 1—4), und andererseits, im directen Gegensatze zu dem XII Tafelrechte, die Tendenz, die Haftung des Debitor beim Fehlen einer Verschuldung zu mindern, was sich manifestirt ebenso in der Rechtsordnung bezüglich der impensae utiles,[1470]) als auch in den Rechtssätzen, daß die casuelle Unmöglichkeit, dem conductor das uti oder frui re licere zu prästiren, singulärer Weise die a. conducti nicht zerstöre, da auch die a. locati intact bleibt (A. 1384), ingleichen daß dem Pächter eines praedium rusticum ein Remiß des Pachtgeldes zukomme, dafern derselbe in Folge von casuellen Ereignissen, die nicht Ergebniß vom Wirken der der Frucht oder dem Boden immanenten Naturgesetze oder nicht durch gewöhnliche Vorgänge des täglichen Lebens herbeigeführt sind, eine außergewöhnlich beträchtliche Schädigung an den noch nicht geernteten Culturfrüchten erleidet (A. 1077), — beides Tendenzen, die auch in der nächsten Periode weiter verfolgt und in anderweiten Beziehungen verwirklicht werden (A. 1750).

1470) Vgl. namentlich Ulp. 31 ad Ed. (D. XIII, 7, 25); sowie bei A. 961 und A. 1049. 1095; dann auch wegen der impensae voluptuariae: Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 3. § 4).

Und dann wiederum tritt die Tendenz hervor, der Subjectivität in Verhältniß oder Handlung des maßgebenden Subjectes Berücksichtigung und Geltung zu verschaffen: ebenso den subjektiven Thatbestand der Verschuldung bei der Vermögensschädigung zur Geltung zu bringen,[1471]) wie auch in Bezug auf den Schadenersatz einestheils dessen abstracte Bemessung zu Gunsten des concreten Maaßes innerhalb des Maaßstabes des pretium rei aufzugeben: das quanto minoris est an Stelle des quanti res est zu setzen, und anderntheils wiederum innerhalb des concreten Maaßes das pretium rei zu Gunsten des Maaßstabes der utilitas aufzugeben: das quanti interest an Stelle des quanto minoris est zu setzen (§ 124), insgesammt Momente, in denen nicht minder der schroffste Contrast zu dem XII Tafelrechte sich ausprägt (§ 77).

Was endlich die Principien der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition anbetrifft, so tritt hierbei ein durchaus anderer historischer Entwickelungsgang zu Tage, als bezüglich der damni ratio, indem hier die Rechtsentwickelung bestimmt und scharf ausgeprägt die Richtung einschlägt, jenes Princip des rigor, wonach der Richter auf einen rein präjudicialen Bescheid über das nackte Recht- und Unrechthaben beschränkt wird, einfach abzustoßen und zu beseitigen: in seiner Geltung allmählig mehr und mehr zu Gunsten des Prinzipes der aequitas zu beschränken, welches ohne Weiteres eine meritorische Entscheidung dem Richter zuweist. Und indem nach dieser Richtung hin zuerst die lex Aebutia und dann auch die spätere Rechtsbildung eingreifen, so verbleibt am Schlusse dieses Zeitraumes für den rigor als Herrschaftsgebiet nur noch die leg. a. sacramento, wie vereinzelte Anwendungen des agere per sponsionem mere praeiudicialem (§ 108), wobei letzteres überdem in seiner practisch wichtigsten Verwendung für die dingliche Klage noch durch die Concurrenz der formula petitoria ganz bedeutend beschränkt war.

Und zwar war solcher historische Verlauf innerhalb der Sphäre dieses Principes ganz unmittelbar indicirt, ja bedingt durch die Entwickelung, welche die voluntatis, wie die damni ratio im Rechte gewinnen: denn indem beide Principien in Folge ihrer Wesen-

1471) Am Anschaulichsten ergiebt dies der Gegensatz zwischen dem ädilicischen Edicte und den bon. fid. a. bezüglich der reticentia: § 112.

eigenthümlichkeit in weitgreifendem Maaße der Individualität der concreten Verhältnisse Rechnung tragen (S. 261 und bei A. 1471), so drängt dieser Sachverhalt ganz ohne Weiteres dazu hin, auch der subjectiven Auffassung des Richters bezüglich der individuellen Besonderheiten des concreten Falles einen viel weiteren Spielraum zu gewähren, als solches Seitens des rigor beschah.

§ 124.

Fortsetzung.

Der Maaßstab für Bemessung von Schaden, wie Bereicherung.

Die der aequitas angehörigen Klaggebilde des gegenwärtigen Zeitraumes schließen rücksichtlich der Art und Weise von Fixirung des Schadenersatzes durchaus an die arbitria legitima sich an (§ 102): der Schadenersatz wird nicht nach abstractem, sondern nach concretem Maaßstabe bemessen, wobei solche Würdigung auf den Zeitpunkt, wie Ort der eingetretenen Vermögensschädigung sich richtet (§ 72 unter B 1. C). Denn Alles das, was bei jenen Klagen der Methode des rigor folgt (bei A. 1326), ist nicht Schadenersatz, sondern poena, die zu jenem hinzutritt.

Allein im Uebrigen bahnt in dem gegenwärtigen Zeitraume eine höchst folgenreiche Reform sich an in der Aufnahme eines neuen Maaßstabes für Bemessung des Vermögensschadens, womit dem pretium rei oder dem Marktpreise des betreffenden Objectes, als dem im XII Tafelrechte alleinig anerkannten Maaßstabe (§ 77. 102), die utilitas oder das Interesse des von der Schädigung betroffenen Subjectes substituirt wird.

Im Allgemeinen aber steht in dem Formularprocesse solcher Maaßstab in unmittelbarster Abhängigkeit von der Conception der jurisdictionellen incerti condemnatio, von deren sechs verschiedenen Grundformen für die obige Frage jedoch nur fünf hier in Betracht kommen.[1472]) Und zwar sind dies die in § 71 unter

---

1472) Ganz außer Betracht verbleibt die condemnatio auf In quantum ob eam rem bonum et aequum tibi videbitur, — condemnato, da diese auf Fixirung nicht eines Schadenersatzes, sondern lediglich einer Geldstrafe sich richtet: A. 1490.

B I 3—6 und II im Einzelnen nachgewiesenen drei Formulirungen auf Quanti ea res erit oder fuerit, tantam pecuniam — condemnato sammt deren Nebenform auf Quanto minoris ea res, quum veniret, fuerit, tantam pecuniam — condemnato, sowie auf Quanti Auli Agerii interfuerit, tantam pecuniam — condemnato; dann viertens nach § 107. 109 und Beil. XIX § I unter 3 die Formel (quidquid parret — — dare facere oportere resp. ex fide bona) Eius — condemnato; endlich die in § 71 unter B I 1. 2 nachgewiesene Form (quanta pecunia oder dergl. — —) Tantam pecuniam — condemnato. Und zwar sind, was das Historische betrifft, von diesen fünf Conceptionen die ältesten einerseits die Formel Quanti ea res erit oder fuerit, tantam pecuniam — condemnato sammt ihrer obbezeichneten Nebenform, welche bereits bei der a. redhibitoria und quanto minoris des ädilicischen Edictes, wie bei cond. triticaria sammt a. leg. Aquiliae sich vorfindet, und andrerseits die Formel Eius — condemnato, welche der a. ex stipulatu (§ 107), der bon. fid. a. (§ 109) und der incerti condictio (Beil. XXI § 1 unter 3), obwohl hier mit Ausnahme der a. leg. Aquiliae (A. 773 fg.), angehört.

I. Was nun zunächst die beiden ersten Grundformen betrifft, so unterscheidet denselben entsprechend die civilrechtliche Terminologie, wie in § 71 dargelegt, vor Allem zwischen dem quanti res est, als der Aestimation, welche Platz greift im Falle des totalen Verlustes, so z. B.

Marcell. 8 Dig. (D. XII, 3, 8): tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult; quaero utrum quanti res est an quanti in litem iuratum fuerit condemnari debet? und in den bei A. 764 gegebenen Citaten;

und zwischen dem quanto minoris est, als der Aestimation im Falle des quotalen Verlustes, so z. B.

Nerat. bei Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 9. § 3): tanti condemnandum corruptorem, quanti servus ob id, quod corruptus sit, minoris sit;

Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.): qui pecus morbosum — — vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex emto actione praestiturum quanto minoris essem emturus, si id ita esse sciissem;

Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 1); 62 ad Ed (D. XLII, 5, 9. § 6): in hoc condemnabitur, quanto minus propter hoc perceptum est; 80 ad Ed (D. XXI, 1, 61);

womit synonym auch quanti oder quod interest vereinzelt auftritt, so

Jul. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 14): quod interest quadruplari solum, et ideo eum, qui ex causa fideicommissi XL debebat, si CCC promiserat per vim et solverit, CCLX quadruplum consecuturum;

Gai. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 28): si venditor de his, quae edicto aedilium continentur, non caveat, pollicentur adversus eum (ad) redhibendum iudicium intra duos menses vel quanti emtoris intersit intra sex menses;

Pap. 12 Quaest. (D. XLVII, 2, 80. § 2) s. § 142 unter IVa.

Jener nämliche Begriffsunterschied aber, welchen so die Rechtstheorie zwischen dem quanti res est und dem quanto minoris est statuirt, ist es, der in jener jurisdictionellen condemnatio von quanti ea res erit und quanto minoris ea res fuerit ausgeprägt ist, wie dies die entsprechend gegensätzliche Richtung der a. redhibitoria und quanti minoris ohne Weiteres ergiebt (§ 71. 74).

Der Maaßstab nun für Bemessung des Schadens oder Verlustes, welcher dem quanti res est, wie dem quanto minoris est dem Wortsinne nach unterliegt, ist, wie in § 71 festgestellt, das pretium rei, als der Marktpreis des Objectes, so daß daher diesfalls der Vermögensschaden durchaus nur in seiner Einwirkung auf das betreffende Object selbst in's Auge gefaßt ist, nicht aber in seiner Beziehung zu dem Vermögen in seiner Gesammtheit in Betracht gezogen, wie auch nach dem durchaus objectiven Maaßstabe des Marktpreises abgeschätzt, nicht aber in seinem Einflusse auf die individuellen Vermögensinteressen des betroffenen Subjectes in Anschlag gebracht wird. Und dieser Maaßstab nun ist es auch, der von der älteren Zeit mit dem jurisdictionellen quanti ea res erit und quanto minoris ea res fuerit in Wirklichkeit verbunden wird. Denn diese Thatsache ergiebt sich insbesondere aus dem doppelten Momente, daß bezüglich der auf quanti ea res erit formulirenden, in § 71 unter B Ib verzeichneten Klagen einmal in der älteren Jurisprudenz jene Auffassung da sich findet, wo die

spätere Zeit derselben eine andere Auffassung substituirt,[1473]) nämlich bei

a. actio damni iniuria dati (bei A. 773): J. Just. IV, 3, 10 im Gegensatze zu der unter 1 darzulegenden jüngeren Theorie;

b. actio de servo corrupto (§ 71 unter B I 4): Nerat. bei Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 9. § 3) cit. im Gegensatze zu § 142 unter I n;

c. iudicium secutorium aus interd. uti possidetis (bei A. 772): Serv. bei Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 17, 3. § 11) im Gegensatze zu § 142 unter I m aa;

d. iudicium secutorium aus interd. unde vi (bei A. 772), wo auf jene ältere Auffassung hindeutet Pomp. bei Paul. 17 ad. Ed. (D. XLIII, 16, 6) im Gegensatze zu § 142 unter I m bb;

und nicht minder sodann, daß bezüglich gewisser Klagen jene Auffassung des quanti und resp. quanto minoris res est singulärer Weise auch von der späteren Jurisprudenz noch aufrecht erhalten wird, nämlich bei

e. cond. tritic. auf certa res,[1474]) ausgenommen theils die cond. ob caus. und ex lege repetundarum wider den dritten Besitzer, da beide überhaupt gar nicht Schäden-, sondern Bereicherungsklagen sind und auf id quod pervenit sich richten (§ 120. 121), theils insbesondere die cond. furtiva und a. rer. amot., welche in pönaler Steigerung auf quanti interest gehen (§ 81 unter III), theils endlich die a. de eo quod certo loco (§ 142 unter I b), da in solcher die condictio ganz wesentlich modificirt ist (§ 119):

Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 3, 4): si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, — — tanti litem aestimandam, quanti fuisset eo die, quo dari debuit;

Marcell. 20 Dig. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3): habendam aestimationem, quanto deterior res facta sit;

1473) Vgl. Savigny. Syst. V, 443 fg.

1474) Vgl. Mommsen, Beitr. II, 86 fg. 91 fg. und die das. Citirten, sowie Göß, de cond. doctr. I, 42. — Wegen Ulp. 17 ad Sab. (D. XLV, 1, 114) s. A. 1439.

Marcian. 4 Reg. (D. XII, 3, 5. § 4): interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est, veluti si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit, quia iudex aestimare sine relatione iurisiurandi non potest rem, quae non extat;

Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1): in stipulatione, si post moram res interierit, aestimatio eius praestatur;

vgl. Sabin. bei Jul. 4 ex Min. (D. XII, 1, 22); Cels. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3); Pap. 28 Quaest. (D. XLVI, 3, 95. § 1); Paul. 18 ad Ed. (D. XII, 2, 30. § 1), sowie Ulp. 3 de Adult. (D. XLVIII, 5, 27. § 15, 16) und dazu Marc. 1 de Jud. publ. (D. cit. 25);

und so nun insbesondere auch bei a. legati per damnationem, welche in der nächstfolgenden Periode zur condictio umgewandelt wird (§ 135):

Capit. bei Lab. 2 Post. (D. XXXII, 1, 30. § 6): aestimare iudicem oportere, quanti aedes sint;

Javol. 4 Epist. (D. XXXV, 2, 61. s. A. 765); Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 82. § 2); Gai. II, 202; Ulp. 21. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 41. § 4. fr. 47. § 3); Paul. 3 Reg. (D. XXX, 1, 33); Marc. 6. 8 Inst. (D. XXX, 1, 112. § 1. fr. 114. § 5);

f. form. petit. in gewissen vereinzelten Beziehungen: § 80 unter B;

g. a. redhibitoria: Ulp. 1 ad Ed. aed. und Jul. das. (D. XXI, 1, 29. § 2. fr. 31. pr.);

h. a. adversus eum, qui ius dicenti non obtemperaverit: Ulp. 1 ad Ed. (D. II, 3, 1. § 4);

i. a. adversus eum, qui hominem mortuum in locum purum alterius intulisse dicetur: Gai. 19 ad Ed. prov. (D. IX, 7, 7. pr.);

k. a. adversus creditorem in possessionem praedii missum, qui neque locaverit fructum, neque vendiderit: Ulp. 62 ad Ed. (D. XLII, 5, 9. § 6);

l. a. furti ope, consilio facti (A. 769): Ulp. 51 ad Sab. (D. L, 16, 179);

m. a. adversus eum, qui se liberum sciens dolo malo passus est se pro servo venumdari: § 71 unter B 14;

n. a. damni in turba dati: Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 4. § 11);

o. a. quod. met. c. wider den Delinquenten selbst: Jul. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 14. wozu vgl. das Obbemerkte); Ulp. l. c. (D. cit. 14. § 7. vgl. § 1); Paul. 11 ad Ed. (D. cit. 21. § 2), während wider den dritten Besitzer dieselbe Bereicherungsklage ist (A. 927);

p. a. falsi leg. Corneliae: A. 880;

q. a. ex cap. IX leg. Juliae de adult. de damno quaestione servi accusati iniuria dato: A. 880;

r. endlich bei der anomal geförmelten a. ex stipulatu aus cautio iudicio sisti in dem in § 115 unter b dargelegten Falle: Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 8, 2. § 5. s. A. 765).

II. Was sodann die condemnatio auf Eius—condemnato betrifft, so liegt auch dieser, gleich jener ersteren, ebenso die Richtung auf Schadenersatz inne,[1475] wie auch das pretium rei als Maaßstab zu Grunde. Und zwar erhellt diese letztere Thatsache zunächst bezüglich der a. ex stipulatu aus der Conception der stipulationes praetoriae, iudiciales und communes, die, dafern auf incertum gestellt, von Alters her und normaler Weise auf quanti ea res est oder erit concipiren und nur ganz ausnahmeweise die Formulirurg auf quanti interest annehmen (§ 71 unter A), sonach aber durch jene Conception der entsprechenden Klage ohne Weiteres die Richtung auf das quanti ea res est zuweisen. Und dementsprechend wird endlich die Richtung auf das pretium rei oder das quanti res est in solchem Sinne auch von der späteren Jurisprudenz noch der a. ex stipulatu aus gewissen stipulationes praetoriae beigelegt, und so

a. aus cautio de opere restituendo: Ulp. 28 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 21. § 7. vgl. § 4);

b. aus stipulatio iudicatum solvi: Ulp. 14 ad Ed. (D. XLVI, 7, 9); vgl. Keller, Civ. Pr. A. 663;

1475) Sex. Ael. Paet. Cat. und Liv. Drus. bei Cels. 8 Dig. (D. XIX, 1, 38. § 1): per arbitrium (sc. actionem ex empt. vend.) indemnitatem posse servari; Cic. de Off. III, 16, 66: iudex (sc. actionis ex emto vend.) ita pronuntiavit: „— — emtori damnum praestari oportere."

c. aus cautio de conferendis bonis: Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXVII, 6, 5. § 3);

d. aus stipulatio ad exemplum emptae et venditae hereditatis: Gai. 2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 63. § 1).

Und gleicher Maaßstab des quanti res est ist hieraus, wie aus I e auch zu entnehmen bezüglich der incerti condictio.

Dahingegen wird zwar der Maaßstab des pretium rei, jedoch nicht der Ansatz des vollen pretium, somit das quanti res est, als vielmehr lediglich der Preisdifferenz: das quanto minoris est von Vorn herein der bon. fid. a. untergelegt, wie sich vor Allem aus Plaut. Pseud. IV, 7, 87. 124 fg. 131 fg. ergiebt,[1476]) insofern hiernach bei verschuldeter Vereitelung der Solution des Kaufobjectes die a. ex empto vendito auf den Betrag des Kaufpreises sich richtet, somit also, da der Kaufpreis normaler Weise dem Marktpreise entspricht, auf den Letzteren d. i. das quanto minoris est, welches hier auf das gesammte pretium ansteigt (A. 814). Und solcher Maaßstab des quanto minoris est wird nun auch von der späteren Jurisprudenz noch in gewissen Fällen festgehalten,[1477]) nämlich für

e. bon. fid. a. wegen culposer reticentia: § 87 unter III;

f. a. ex empto vend., dafern dem venditor das Kaufobject confiscirt worden ist: § 89 unter A 2 b;

g. a. ex locato cond., dafern der locator durch Zufall an der Prästation des re frui oder uti licere behindert ist: § 89 unter A 2 c;

1476) Vgl. Voigt, Cond. ob. caus. 252 fg.

1477) Vgl. § 80 unter A 2. Dagegen bei Jul. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 5): quum Ter. Victor decessisset relicto herede fratre suo et res quasdam ex hereditate — — Vellicus quidam subtraxisset, quibus subtractis facile, quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur, persuasit, an venditi iudicio teneri possit? — — competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent, wo somit die bon. fid. a. als a. de dolo in Frage steht, ist das quanto pluris res esset, si dolus non adhibitus esset, somit die Beschränkung auf das quanto minoris est sicher nicht mehr der Theorie dieser Zeit entsprechend. Wegen Ulp. 41 ad Sab. (D. XLVII. 2, 27) s. A. 755. — Dem quanto minoris est bei der bon. fid. a. im Gegensatze zu dem quanti res est bei a. ex stipul. und incert. cond. liegt unverkennbar das Motiv unter, dort die Vereinbarung über Solution des ursprünglichen Debitum zwischen Lit. Cont. und Urtheil zu befördern; vgl. § 114 a. E.

h. a. ex locato cond. e lege Rhodia: § 80 unter A 2 d.

III. Nicht minder der condemnatio auf (quanta pecunia — —) Tantam pecuniam — condemnato wird ebenfalls noch in der Kaiserzeit die Bedeutung des quanti res est bei gewissen Klagen untergelegt, und so zwar bei

a. actiones furti manifesti und nec manifesti rei ipsius von

Jav. 4 Ep. (D. XLVII, 2, 74): aestimari debet domino — duplo, quanti ea mulier fuerit;

Ulp. 37 ad Ed. (D. XLVII, 2, 50. pr.): in furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium;[1478]) und ebendas. (D. cit. 52. § 29); 38 ad Ed. (D. L, 16, 193): haec verba: „Quanti eam rem paret esse" non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur; 51 ad Sab. (D. L, 16, 179) „Quanti eam rem esse paret" — placet veram rei, aestimationem fieri (s. A. 765);

b. a. de rationibus distrahendis: Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 20); Paul. sent. rec. II, 30, 1;

c. a. vi bonor. raptorum: Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 2. § 13 s. A. 765);

d. a. de pecunia calumniae causa accepta: Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 6, 1. pr.).

IV. Endlich wird die Richtung auf das pretium rei ebenfalls noch von der späteren Rechtstheorie gewisser Klagen mit extraordinaria cognitio untergelegt, und so zwar der

a. actio fideicommissi[1479]) von Jul. 39 Dig. (D. XXXVI, 1,

1478) Vgl. A. 765. Die Auffassung dieser Stelle bei Savigny, Syst. V, 452 entspricht nicht den Worten Ulpian's; und ebenso ist dessen Auffassung (S. 448) von Ulp. cit. (D. cit. 52. § 29) irrig, daß hier das Interesse zu Grunde gelegt sei: denn die dem Sclaven ausgesetzte Erbschaft fällt unter die omnis causa, so daß, wie bereits Puchta, Pand. § 224 c bemerkt, hier im Gegentheil das pretium rei zu Grunde liegt. — Wegen der entgegengesetzten Lehrmeinung s. bei A. 1756.

1479) Irrig ist Mommsen, Beitr. II, 88. Dagegen im Falle der mora solvendi gewinnt die obige Klage, gleich der trit. cond. aus legat. per damnat. und sinendi modo (§ 142 unter I a), die Richtung auf id quod interest: § 136 a. E.

25. § 2): heredes eius pretium praestare debebunt, ne factum cuiusquam alteri damnum afferat;

b. Klage auf Expropriation eines Nothweges zu einem sepulcrum: Ulp. 25 ad Ed. (D. XI, 7, 12. pr.).

Im Gegensatze nun zu jenem von Alters her überlieferten Maaßstabe des Schadenersatzes: des pretium rei, tritt am Ausgange der gegenwärtigen Periode die Tendenz zu Tage, an Stelle des pretium rei die utilitas oder das Interesse des Verletzten zu setzen, eine Tendenz, die in zwiefacher Modalität sich ausprägt.

Und zwar zuvörderst gelangt in vereinzelten Punkten die Doctrin zur Geltung, daß den condemnationes auf Quanti ea res erit oder fuerit, tantam pecuniam — condemnato und auf Eius — condemnato der reale Werth der Quanti Auli Ag. interfuerit, tantam pecuniam condemnato beizumessen d. h. der Maaßstab der utilitas (§ 71) unterzulegen sei. Diese Doctrin selbst wird wiederum beeinflußt durch einen doppelten Moment: theils nämlich durch die Maxime, auf solchem Wege eine pönale Steigerung der der betreffenden Klage unterliegenden Haftung für Delict oder delictsähnliches Verhalten zu gewinnen. Und dies nun tritt zu Tage, indem jene Theorie in Anwendung gebracht wird bei

1. a. leg. Aquiliae: J. Just. IV, 3, 10: illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit non solum peremti corporis aestimationem habendam esse, — — sed eo amplius quidquid praeterea peremto eo corpore damni nobis allatum fuerit, veluti si — ex quadriga equorum unum occiderit, — non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt (s. S. 289), wozu vgl. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. § 2); Paul. 22 ad Ed. (D. IX, 2, 22. pr.), 9 ad Sab. (D. XLVII, 2, 32. § 1),

eine Operation, wodurch, indem an Stelle des Schadens an der lädirten res der am Vermögen in seiner Totalität erlittene Schaden gesetzt wird, zugleich dem pretium rei das Interesse des Betroffenen als Maaßstab des Schadenersatzes substituirt wird (§ 71);

2. a. de dolo: Trebat. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 4): de dolo dandum iudicium, — ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum; vgl. Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 11. pr.);

3. bon. fid. a. wegen doloser reticentia: Trebat. bei Marcian. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45), Serv. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 1);

sowie die a. ex loc. cond., dafern der locator dolos die Prästation des re frui oder uti licere vereitelt: Alf. 3 Dig. (D. XIX, 2, 39. pr. § 1 vgl. 27. pr.).

Und sodann wird jene Theorie bestimmt durch den Sachverhalt, daß ein facere das Object der Obligation bildet und für solches nun vielfach ein Marktpreis überhaupt nicht gegeben ist. Und wie nun diesfalls bei der Verlöbniß-Stipulation das latinische Recht bereits den Maaßstab des id quod interest adoptirt hatte, [1480]) so nun hat zweifelsohne auch das römische Recht bereits während des gegenwärtigen Zeitraumes solchen Maaßstab entlehnt

4. für die incerti condictio und a. ex stipulatu aus Obligation auf facere, für welche derselbe nun auch bereits bekundet wird hier von Proc. 2 Epist. (D. XLV, 1, 113. § 1); dort von dems. bei Pomp. 15 ad Qu. Muc. (D. XLV, 1, 112. § 1).

Nicht minder gelangt jene Doctrin aber auch zur Geltung darin, daß bereits zu Ausgang des gegenwärtigen Zeitraumes honorarische Klagen geschaffen werden, denen direct die obbezeichnete condemnatio Quanti Auli Ag. interfuerit, tantam pecuniam — condemnato verliehen wird, nämlich die

a. adversus eum qui dolo malo fecerit, quo minus quis in iudicio sistat: Ofil. bei Paul. 6 ad Ed. (D. II, 11, 2);

b. si mensor falsum modum dixerit: Veteres bei Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 1. pr.);

Für solchen Wechsel aber des Maaßstabes für Bemessung des Schadens ist die Veranlassung gegeben in gewissen dem Maaßstabe des pretium rei anhaftenden Unvollkommenheiten (§ 104), die, in dem gegenwärtigen Zeitraume fühlbar hervortretend, bei dem Maaßstabe der utilitas hinwegfallen: es ist dieser letztere ebensowohl bei allen Gütern anwendbar, wie auch derselbe der Individualität des concreten Falles in der vollkommensten Maaße Rechnung trägt, insofern die utilitas auf durchaus subjective, wie individuelle Factoren sich stützt: ebenso ist dieser Maaßstab an sich

---

1480) Serv. de Dot. bei Gell. IV, 2.

rein in der Individualität des Verletzten belegen (§ 71), wie auch die Größe, mit welcher hierbei operirt wird: das Interesse existentiell, wie graduell durch Factoren bestimmt wird, die in den subjectiven Verhältnissen des Verletzten gegeben sind. Denn wenn auch solcher Subjectivität gewisse Schranken gesetzt werden (§ 74) so verbleibt doch noch ein weiter Spielraum für deren Einfluß und Entfaltung (§ 72), insofern ja das Interesse bestimmt wird ebenso durch die gesammten, den Betroffenen jeweilig umgebenden äußeren Verhältnisse, wie durch die jeweilig maaßgebenden individuellen Zwecke desselben, und nicht minder wieder ebenso durch die äußeren Verbindungen einzelner Sachen mit einander, welche der Betroffene jeweilig vorgenommen hatte, wie durch die pecuniären Beziehungen, in denen die in der Hand Eines Besitzers vereinigten mehreren Güter unter und zu einander stehen und welche so nun für den indirecten Schaden maaßgebend sind.

Allein andrerseits stehen wiederum jenen Vorzügen solchen Maaßstabes gewisse demselben inliegende Mängel gegenüber, und zwar vor Allem insofern, als seine Anwendung eine complicirte thatbeständliche Untersuchung voraussetzt, bei welcher überdem nicht einmal die Gewißheit eines objectiv wahren Ergebnisses geboten ist: denn, indem der Cognoscirende, um mit voller Sicherheit zu calculiren, von den individuellen äußeren, wie inneren Verhältnissen und Beziehungen des Geschädigten Kenntniß nehmen und gewissermaßen in die gesammte Individualitätssphäre des Betroffenen sich hineinversetzen muß, so wird damit demselben eine Aufgabe gestellt, deren exacte Lösung vielfach ebenso für den Richter, wie auch für den Kläger bezüglich der von demselben etwa herbeizuschaffenden Unterlagen äußerst schwierig ist,[1481]) ein Moment dessen Bedenklichkeit noch dadurch sich steigert, daß das quanti interest das Product eines Rechenexempels ist, welches, indem die Summe des unverletzten Interesses den Minuendus und die Summe des verletzten Interesses den Subtrahendus ergiebt, für einen doppelten Zeitpunkt jene complicirte Eruirung der Summe des Interesse erfordert. Und endlich während solcher Maaßstab des Schadenersatzes den Interessen des Geschädigten in vollem Um-

1481) Venul. 8 Act. (D. XLVI, 5, 11): plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit et ad exiguam summam deducitur.

fange Rechnung trägt (§ 72), so bedroht derselbe insofern die Interessen des Ersatzpflichtigen, als der Vermögensnachtheil, der denselben in Folge der Schädigung treffen kann, in seinem Betrage von Vorn herein ganz unberechenbar ist und in concreto außer allem Verhältnisse zu dem Marktpreise des betreffenden Objectes stehen kann:[1482]) denn es tritt in jenem Maaßstabe an die Stelle des nationalöconomischen das individuell wirthschaftliche Gesetz und Werthverhältniß.

Was endlich die Bereicherung betrifft, so wird solche in der gegenwärtigen Periode durchgehends als id quod pervenit aufgefaßt d. h. als Betrag des bezüglichen Vermögenserwerbes schlechthin bemessen (bei A. 918) und so zwar ebenso in dem ädificischen Edicte: sive quid ex ea re fructus pervenit ad emptorem (§ 110 unter D a 2), wie bei der cond. ob caus. und ex lege repetundarum, und bei der a. de in rem verso.[1483])

Im Allgemeinen aber bekunden die unter 1—4 dargelegten Thatsachen und nicht minder der Widerspruch, welcher zwischen der Conception der tritic. cond. ob caus. und ex lege repetund., wie a. quod met. c. auf quanti ea res erit und deren von der Theorie statuirten Richtung auf id quod pervenit obwaltet, die Macht und Freiheit, welche die Interpretatio dieser Periode wie im Allgemeinen, so auch im Besonderen der Prozeßformel gegenüber bereits errungen hatte (§ 49).

Zweite Periode.

Die historische Ausprägung der Principien von Beginn der Kaiserzeit bis Diocletian.

§ 125.

Die historische Stellung im Allgemeinen der Principien.

Die Rechtsentwickelung der gegenwärtigen Periode innerhalb der damni ratio wird beeinflußt von der Tendenz, eine Aus-

1482) Aehnliches hebt bezüglich der Impensen hervor Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 1, 43. 45. pr.).

1483) S. § 120. 121. Bezüglich der cond. ob caus. und ex lege repet. wurde die obige Ordnung von der nächsten Periode modificirt: § 142.

gleichung der in dem Rechte überlieferten historischen, wie principiellen Gegensätze herbeizuführen. Und diese Tendenz tritt in dreifältiger Richtung zu Tage: hinsichtlich der Ausgleichung der Gegensätze zwischen den lites und den condictiones, sodann zwischen den arbitria legitima und honoraria, wie endlich zwischen den bon. fid. und strict. iur. actiones.

Zunächst nun in Hinsicht auf jene beiden ersten Punkte bewerkstelligte sich solche Ausgleichung mit Leichtigkeit, ja theilweis ganz von selbst in Folge des Unterganges der leg. a. sacramento in personam, wie per iudicis postulationem.[1484]) Denn nachdem so für die noch in Bestand verbliebenen lites der vorigen Periode, so für die a. auctoritatis, für die Klage aus der lex mancipii oder dotis dictio, für die a. legati per damnationem (A. 1168 fg.) die Besonderheit der Prozeßform beseitigt und auf dieselben die Formeln der condictiones übertragen worden waren, so gelangte damit in der überlieferten Classification der Klagen ohne Weiteres das Eintheilungsglied selbst von lites in Wegfall und es mußten nun jene Klagen ganz von selbst den condictiones sich einordnen.[1485]) Und hiermit war zugleich auch der Rechtstheorie die Veranlassung gegeben, vorhandene civilrechtliche generische Verschiedenheiten zwischen jenen alten lites und den condictiones auszugleichen (§ 135).

Hinwiederum die arbitria legitima kommen allmählig außer Gebrauch durch Parallelbildungen verschiedenster Beschaffenheit, so die a. leg. Plaetoriae durch die bereits dem Ende der vorigen Periode angehörige a. restitutoria wegen circumscriptio minorum (A. 1630), die a. aquae pluviae arc. und litis aestim. durch formulae in factum conc., die Klage wegen damnum infectum durch die entsprechende stipulatio praetoria, die iudicia divisoria endlich, wie die a. rei uxoriae durch neue Uebertragung der Formel der bon. fid. a., so daß damit nun der Gegensatz zwischen den legitima und der honoraria arbitria schwindet und an Stelle der letzteren Bezeichnung nunmehr der Ausdruck bon. fid. a. tritt.

1484) Gai. IV, 31 kennt die erstere gar nicht mehr, die letztere nur noch bei dem arbitrium wegen damnum infectum (A. 1282).

1485) Daß alle diese Klagen in der vorigen Periode noch nicht zu den condictiones zählten, ergiebt sich mit absoluter Sicherheit theils aus der von jener Zeit aufgestellten Classification der Klagen: Beil. XX § II, theils aus Cic. p. Qu. Rosc 4, 13 fg.: A. 1445.

Und so daher tritt nun mit der gegenwärtigen Periode an die Stelle der früheren Classificationen der actiones in ius conceptae in lites, iudicia und arbitria die neue Eintheilung von stricti iuris und bonae fidei iudicia oder actiones,[1486]) deren erstere nunmehr zugleich die condictiones umfassen.

Endlich die Tendenz einer Ausgleichung zwischen den stricti iur. und bon. fid. actiones gelangt vornämlich zu Gunsten der aequitas zur Ausprägung, auch hier jedoch lediglich in vereinzelten Punkten und ohne somit eine vollständige Beseitigung der überlieferten Verschiedenheiten zwischen Beiden überhaupt nur anzustreben (§ 136).

So nun behauptet sich auch während der gegenwärtigen Periode der Gegensatz von rigor und aequitas und zwar ebenso in seiner conträren Richtung und insbesondere in dem Systeme der poenae temere litigantium (§ 141), als auch in seiner rein negativen Richtung gegenüber der aequitas. Denn es bleibt auch jetzt zwischen den bezüglichen Klagen das wesentliche Unterscheidungsmerkmal in Geltung, daß die bon. fid. a., indem sie ihr allgemeinstes Normativ in der bona fides findet, mit ihrer Hauptfunction auch die Nebenaufgaben vereinigt, als Schäden-, wie als Bereicherungsklage und als Organ der zweiseitigen Wahrung collidirender Partei-Interessen zu dienen, während die strict. iur. a., abgesehen von der überlieferten Function der cond. trit. als Schädenklage wegen verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, wie von den nachstehend zu erwähnenden weiteren Modificationen, ebenso der bona fides,[1487]) wie solchen Nebenaufgaben fern steht.

Insbesondere aber der rigor behauptet sein Gebiet in der leg. a. sacram. und dem per sponsionem agere in rem, sowie im großen Ganzen in der condictio. Indessen wird dort dessen Gebiet beschränkt durch die Concurrenz der formula petit., welche,

---

1486) Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2), Marc. 14 Reg. (D. XII, 3, 5. pr. § 4), J. Just. IV, 6, 28. Iudicium bon. fid. insbesondere: Pap. 2. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 1. § 2. fr. 3. § 1). Im Uebrigen s. Beil. VII A. 10 fg.

1487) Nur eine Consequenz dieses Momentes ist es, welche ausspricht Ulp. 2 ad Ed. (D. XLIV, 7, 36): cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant.

abgesehen von der querela inofficiosi testamenti, allenthalben die leg. a. verdrängt, hier dagegen in Folge der hervorgehobenen Tendenz einer Ausgleichung der Gegensätze und zwar zunächst ebensowohl durch die in der Zeit Tiber's auftretende sabinianische Theorie, welche für die Lit. Cont. bei der certi, wie trit. cond. gewisse Rechtsordnungen der bon. fid. negotia entlehnte, wie überhaupt die altüberlieferte theoretische Stellung der Lit. Cont. im Allgemeinen ganz wesentlich alterirt (§ 139), als auch durch die in der Zeit August's hervortretende proculianische Theorie, welche auf die mora solvendi bei den stricti iur. negotia über certa res oder incertum gewisse Folgewirkungen der mora solvendi bei den bon. fid. negotia übertrug (§ 138); und weiterhin dann dadurch, daß die Rechtswissenschaft der späteren Zeit ebensowohl jene sabinianische, wie diese proculianische Theorie recipirte. Ueberdem werden, bestimmt durch jene Tendenz einer Ausgleichung der gegebenen Verschiedenheiten zwischen den stricti iur. und bon. fid. actiones, die Postulate der aequitas in verschiedenen weiteren Punkten auf die ersteren übertragen: in Bezug auf die dolose Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte und in Bezug auf die dolose Verweigerung der stipulatio simplae vel duplae bei entgeltlichen Veräußerungsgeschäften, und endlich in besonders weitgehender Maaße noch in der cond. ob caus., wie den Klagen aus legatum per damnat. und sinendi modo, wie aus Fideicommiß (§ 136). Dagegen gewinnt wiederum der rigor eine Erweiterung seiner Sphäre theils durch Vermehrung der den gegebenen Unterarten unterfallenden Sondererscheinungen, so innerhalb der cond. ob caus., wie ex lege, theils auch durch Originärbildungen, so der a. legati sinendi modo (Gai. II, 213) und der Klage aus dem Fideicommiß (A. 1676).

Dagegen die aequitas erfährt in noch umfassenderer Weise eine Gebietserweiterung durch Vermehrung ebenso der Zahl der bon. fid. actiones, als auch der übrigen Aequitäts-Klagen. Und zwar treten zu den ersteren theils die obbezeichneten arbitria legitima, theils die dem honorarischen Rechte entlehnten Realcontracte des commodatum und depositum, theils endlich als Originärbildungen die Innominat-Contracte. Dann wieder an die Publiciana rescissoria lehnen sich an die restitutoriae wegen cap. dem. und wegen dolus malus und vis, während

wieder aus der cond. ex iniusta causa die cond. caus. non sec., finita, ob turp. caus., sine causa, wie furtiva hervorgehen, und nach dem Vorgange der cond. ex lege repetundarum die actiones ex delicto wider den dritten Besitzer geschaffen werden. Endlich nach dem Vorbilde der letzteren Klagen tendiren die actiones ex delicto wider den Erben und Repräsentirten des Delinquenten, sowie gegen den Letzteren selbst nach Ablauf der Verjährungszeit, während der a. de in rem verso sich annähert die Klage wider den Pupillen und furiosus wegen des von demselben ohne Concurrenz des Tutor oder Curator abgeschlossenen negotium.

Und mit solcher extensiven Ausbildung des Rechtes geht nun Hand in Hand eine sorgsame und fleißige, geistvolle und tiefsinnige, practische, wie theoretische Durcharbeitung des Rechtsstoffes, so namentlich in der Differentiirung der der überlieferten cond. ex iniusta causa inliegenden specifischen Thatbestände und deren Specialisirung zu neuen Unterarten der cond. ob caus., in der Durchbildung sodann der formula petitoria nach der Richtung des durch das publicianische Edict gegebenen Gegensatzes von bon. und mal. fid. poss. in Bezug auf die Prästation von fructus, wie auf den Anspruch wegen Restitution von impensae, nicht minder in der Umwandlung der exc. doli mali, vornämlich aber in der Präcisirung und Ergänzung der Normen, wie Functionen der bon. fid. a., in welcher letzteren Beziehung insbesondere die Verwendbarkeit derselben als Schädenklage wegen Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte und als cond. ob caus., wie die Defension wegen error neu constituirt wurden.

Bezüglich der aequitas im Allgemeinen aber wird nunmehr auch von der Rechtswissenschaft die von der Volksanschauung der vorigen Periode vertretene Auffassung derselben als Billigkeit im Allgemeinen (A. 1327) adoptirt, zugleich aber auch nach der anderen Seite hin wiederum eine nähere Bestimmung des derselben inliegenden, so vielfältigen, wie überreichen stofflichen Gehaltes im Dienste einer exacten wissenschaftlichen Handhabung desselben vorgenommen: neben der damni und der voluntatis ratio erkennt die Theorie nunmehr der aequitas auch die Vertretung der sanguinis, wie der arbitrii ratio zu, so daß jetzt alle jene Principien, von denen die Rechtsbildung selbst dieser Zeiten bewegt und gleichwie von machtvollen Strömungen geleitet wird, ihre

Aufnahme in die wissenschaftliche aequitas finden (Thl. I § 65 fg.). Und dieser Thatsache geht wiederum parallel die dogmatische Verbindung der aequitas mit dem ius naturale (Thl. I § 61. 69). So daher vereinigen sich jetzt in der aequitas mit öconomischen und ethischen Gesetzen auch das Naturgesetz der Blutsverwandtschaft, wie ein jurisdictionelles Gesetz als die den Gehalt von jener bestimmenden Factoren: als die principiellen Centren, welche das bonum ius (A. 1330) von dem strictum, subtile, perpetuum, summum, merum ius [1488]) unterscheiden.

Während sodann einerseits die fides bona oder nunmehr die

1488) Wegen strictum, subtile ius vgl. A. 1486 und Thl. I § 68. — Jus perpetuum: Paul. 2 Quaest. (D. XIX, 1, 42). — Summum ius ist das von der aequitas unbeeinflußte Recht, somit 1. das Recht nach Maaßgabe der verbi ratio: A. 474 a; 2. das Recht unabhängig von der arbitrii ratio: das ohne Berücksichtigung der concreten Verhältnisse geltend gemachte Recht (§ 66): Cic. ad Att. XVI, 15, 1: dubitassem —, utrum remissior essem an summo iure contenderem; in Verr. V, 2, 4: non agam tecum summo iure; Quint. Decl. 273: non esse exigendum a sponsore creditum, nisi summo iure. De quo priusquam loquor, etiamnum ea, quae humanitatis et consuetudinis gratia dici solent, non omitto; wie in gleichem Sinne bei Polyb. XXXII, 13, 14: τῶν νόμων ἀκρίβεια, und bei Verg. Georg. II, 50, 1: ferrea iura, wozu vgl. Schol. Bern. in h. l.: inexorabilia, invisa, dura id est inflexibiles leges, quia nihil remittunt; Serv. in h. l.: dura, inexorabilia, immutabilia. Und so nun auch das vom ius dicens und iudex, im Gegensatze zu dem vom arbiter geurtheilten Rechte: carm. Marcian. (vor 542) bei Liv. XXV, 12, 10. Macr. Sat. I, 17, 28: praetor qui ius populo plebeique dabit summum; Cic. p. Quinct. 11, 38: si quid in controversiam veniret, aut intra parietes aut summo iure experiretur, wo intra parietes die compromissarische Auseinandersetzung bezeichnet. — Merum ius ist dasjenige Recht, bei welchem der arbiträren richterlichen Cognition kein Spielraum gelassen ist: Thl. I A. 571; und demgemäß erklärt sich nun die auffällige Sentenz von Pap. 3 Quaest. (D. XXVI, 7, 36): aequitas, quae merum ius compensationis induxit dahin: indem die aequitas die Beachtlichkeit der Compensation kategorisch vorschrieb, so steht deren Beachtung nicht mehr auf dem Ermessen des Richters, sondern auf merum ius; im Uebrigen vgl. A. 1330, sowie Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 16 pr.), Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 3, 4. § 27), Tryph. 19 Disp. (D. XXXVII, 4, 20. § 2); vgl. auch Lab. bei Pomp. 32 ad Sab. (D. XLI, 3, 32. § 2), Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIV, 4, 3. § 1), 25 ad Ed. (D. XI, 7, 14. § 13. wozu vgl. fr. 12. § 5). Dann auch wieder Gegensatz von aequitas naturalis und civilis bei Labeo und von aequitas und utilitas (wozu vgl. § 122) bei Paul. in Thl. I § 77.

bona fides[1489]) in ihrer früheren Stellung als subjectives affirmatives Correlat des aequum et bonum belassen wurde (A. 1333), so wird jetzt nun auch der dolus malus (Arglist) zu solchem negativen Correlate: zum Gegensatze der bona fides erhoben. Und hierin allenthalben waren denn nun die Prämissen gegeben zu jenem ganz merkwürdigen Processe, durch welchen die bon. fid. a. und resp. die a. ex stipulatu, wie die exc. doli mali zu berufsmäßigen Centralorganen der aequitas in jener ihrer Totalität erhoben werden (§ 132).

Hand in Hand aber mit allen jenen Vorgängen geht die abstracte Formulirung des Principsatzes selbst der damni ratio: nemo cum damno alterius locupletior fieri debet oder ähnlich (§ 140).

Was endlich die Principien der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition betrifft, so erleiden dieselben in der gegenwärtigen Periode eine ganz wesentliche Modification ebenso ihrer historischen Ausprägung, wie ihrer doctrinellen Auffassung. Denn während von Vorn herein jene Principien ihre historische Ausprägung in dem Gegensatze je des präjudicialen und des meritorischen Richterurtheiles fanden; während sodann in der zweiten Hälfte der ersten Periode dieselben auch wiederum in dem Gegensatze der certi und incerti condemnatio sich ausprägten und in solcher Kundgebung auch von der Wissenschaft jener Zeiten theoretisch in das Auge gefaßt wurden; so stützte nun die Wissenschaft der gegenwärtigen Periode, indem sie das Princip der gebundenen Cognition dem rigor, das der arbiträren Cognition aber der aequitas auch doctrinell überwies, deren Anerkennung und Ausprägung auf noch andere institutionelle Gegensätze. Denn jener älteste Gegensatz des präjudicialen und meritorischen Urtheiles verliert in der gegenwärtigen Periode dadurch seine theoretische Bedeutung, daß das eine Glied desselben: das präjudiciale Urtheil fast völlig verkümmert, indem es nur bei der dinglichen Klage in der leg. a. sacram. und dem in rem agere per sponsionem noch in Anwendung sich behauptet, auch hier überdem noch be-

1489) Doch findet sich fides bona noch in lex mun. Malac. c. 55: quisque eorum iurent se rationem suffragiorum fide bona habiturum; Jul. 3 Dig. (D. III, 5, 6. § 4); Afr. 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108, § 12).

schränkt durch die formula petitoria. Und sodann wieder jener jüngere Gegensatz von certi und incerti condemnatio verlor seine theoretische Bedeutung in Folge des Umstandes, daß die darauf gestützte doctrinelle Classification logisch fehlerhaft und in Folge dessen unklar und schwankend, zweifelvoll und damit für die Theorie unbrauchbar war (§ 108). So daher wendete die Wissenschaft der gegenwärtigen Periode einem anderen institutionellen Unterschiede ihre Aufmerksamkeit zu, in welchem sie nun jenen Gegensatz der obigen beiden Principien ausgeprägt und verwirklicht erkannte: in der Verschiedenheit nämlich zwischen den stricti iuris actiones einerseits und den bon. fid. und arbitrariae actiones andrerseits,[1490]) deren bezügliche principielle Differenz darin erkannt ward, daß bei den ersteren das Richterurtheil ein iudicium, bei den letzteren dagegen ein arbitrium war, somit eine Entscheidung, welche in allseitiger Maaße: nicht nur bezüglich der Nebenprästationen, sondern auch bezüglich der Hauptleistung der arbiträren richterlichen Cognition sich erschloß, während dort der Richter in seiner Entscheidung bezüglich der Hauptleistung durch die Formel gebunden: entweder auf Ver-

1490) Vgl. Pap. 2 Quaest. (D. XXII, 1, 3. § 1): in his — iudiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei. Zu beiden Classen treten endlich auch noch die actiones in bonum et aequum conceptae, Klagen ex delicto vel quasi, bei denen die condemnatio die eigenartige Formulirung annimmt auf In quantum ob eam rem bonum et aequum tibi videbitur, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, und die nun hierdurch zwar in höchster Potenz, doch aber wieder nur bezüglich der Bemessung der poena auf das richterliche arbitrium gestellt sind; vgl. Thl. I § 76 a. E. Es sind dies im Einzelnen: 1. die honorarische a. iniuriarum: Mela bei Ulp. 57 ad Ed. (D. XLVII, 10, 17. § 2), Paul. 55 ad Ed. (D. XLVII, 10, 18. pr.), de Conc. act. (D. XLIV, 7, 34. pr.), vgl. Ulp. 57 ad Ed. (D. XLVII, 10, 11. § 1); 2. a. si iudex litem suam fecerit: Gai. 3 Aur. (D. L, 13, 6. Inst. Just. IV, 5. pr.); 3. honorarische a. sepulcri violati: Edict in Dig. XLVII, 12, 3. pr. Pap. 8 Quaest. (D. XLVII, 12, 10); 4. a. de effusis wegen Körperverletzung des Freien: Edict in Dig. IX, 3, 1. pr. J. Just. IV, 5. § 1., wogegen nicht hierher gehört Ulp. 23 ad Ed. (D. IX, 3, 5. § 5); 5. ädil. a. de damno ab animale dato wegen Körperverletzung des Freien: Edict in Dig. XXI, 1, 42. J. Just. IV, 9, 1. Dagegen halte ich für unberechtigt, jenen Klagen beizuordnen die a. rei uxoriae auf Grund der in Beil. XX § IV aufgeführten Stellen, wie dies irrthümlich in Thl. I A. 568 geschehen ist, und die a. funeraria auf Grund von Ulp. 25 ad Ed. (D. XI, 7, 14. § 13).

urtheilung in eine ihm vorgeschriebene certa pecunia oder auf eine einfache Abschätzung eines incertum und Verurtheilung in solche Schätzungssumme angewiesen war, und lediglich bezüglich der Nebenleistungen oder bezüglich isolirter Punkte eine arbiträre Cognition ihm zustand.[1491]) Und zwar fand dieser principielle Moment als characteristische Eigenthümlichkeit der arbitria legitima, wie honoraria bereits in der vorigen Periode eine Würdigung, wie insbesondere aus Qu. Muc. bei Cic. de Off. III, 17, 70 und aus Cic. Top. 17, 66 zu ersehen ist, während die gegenwärtige Periode nun denselben in seiner ganzen principiellen Bedeutung scharf hervorhob.[1492]) Dagegen die a. arbitraria ward erst in der gegenwärtigen Zeit nach jenem principiellen Momente gewürdigt und so nun der bon. fid. a. coordinirt.[1493])

1491) So z. B. Nebenleistung wegen mora bei cond. tritic. oder incerti: § 137 oder wegen eines isolirten Punctes, wie in § 28 unter B 2. Wegen des obigen Gegensatzes von arbitrium und iudicium s. Beil. VII § 25 fg.

1492) Vgl. namentlich Boeth. in Top. p. 378: in his igitur iudiciis, in quibus additur, ut ex bona fide iudicent id est ubi ita iudices dantur, ut non strictas inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quaerant; Paul. 9 ad Ed. (D. III, 5, 7): tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio; J. Just. IV, 6 30: in bon. fid. — iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat; und im Weiteren Thl. I § 76. Beil. VII § 11.

1493) In der a. arbitraria ist nicht die iudicatio, als vielmehr die pronuntiatio auf das arbiträre Ermessen gestellt und auch hier nicht, wie bei der bon. fid. a., bezüglich der juristischen Existenz, als vielmehr nur bezüglich des öconomischen Gehaltes von Haupt-, wie Nebenpräftation, sonach nur bezüglich der Frage über Quale und Quantum und über die Modalität der Naturalleistung: J. Just. IV, 6, 31: in his actionibus (sc. arbitrariis) — permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat; Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 4. § 1): interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, quum sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Quid enim, si ibi vel oblata pecunia actori dicatur vel deposita vel ex facili solvenda? Nonne debebit interdum absolvere? In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est, wo das cautionem exigere, offerre, deponere, solvere pecuniam insgesammt Momente sind, welche in die Sphäre der pronuntiatio fallen; dann wiederum Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38. pr.): in fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti,

§ 126.

Die bonae fidei actiones.

Die von der vorhergehenden Periode bei Ausbildung der bon. fid. actiones eingeschlagene zwiefältige Richtung, diese Klagen ebenso ihrer Zahl, wie ihren mannichfachen Functionen nach zu erweitern und mehr und mehr zu erschöpfen (§ 109), ward von der gegenwärtigen Periode nicht allein verfolgt und zur Gewinnung neuer Ergebnisse verwerthet, sondern es tritt daneben auch noch als selbstständige Richtung die Tendenz, das den bezüglichen Contracten inliegende volkswirthschaftliche Element nach Maaßgabe der dafür durch die Nationalanschauung gegebenen Gesichtspunkte theoretisch zu präcisiren und zu verwerthen.

Was nun zunächst jenen ersten Moment betrifft, so ward auch jetzt der bereits früher betretene dreifache Weg der Determinirung, der Induction, wie der Reception (§ 109) weiter verfolgt: zunächst indem man der emtio vend., wie der loc. cond. rei das neue wesentliche Merkmal beilegte, daß das Aequivalent in baar Geld zu bestehen habe, so schieden aus deren Sphären einerseits die permutatio, und andrerseits das Geschäft auf do rem, ut alia re uti sive frui mihi liceat sich aus, so daß nun, indem man an deren Klagbarkeit festhielt, zwei neue selbstständige Contracte sich gestalteten (A. 1504). Sodann indem man in dem von der Volksanschauung individualisirten Geschäfte der datio rei aestimatae vendendae eine specifische Verwandtschaft mit der emtio vend., locatio cond. rei und operarum, wie mit dem mandatum erkannte, welche auf gewissen, als juristisch wesentlich gewürdigten Momenten beruhte,[1494]) so schuf man auf Grund

deinde evincitur; bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Endlich wegen des arbitrium iudicis im Allgemeinen vgl. Edict in Dig. IV, 2, 14. § 11. Gai. IV, 163. Ulp. 11. 51 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 4. VI, 1,68), Paul. 11. 12 ad Ed. (D. IV, 3, 18. pr. IV, 7, 8. pr.), sowie Beil. VII § 25 fg. Zimmern, Civ. Pr. § 68. A. 1. Im Uebrigen vgl. A. 1571. Thl. I § 76. — Dagegen gehört nicht hierher die a. ex stipulatu, da hier die arbiträre Cognition doch nur auf die Sphäre der doli clausula sich erstreckt.

1494) Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.): fuit — dubitatum, quum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestima-

solcher Analogie die a. aestimatoria. Und endlich bekleidete man mit der Formel der bon. fid. a. ebenso gewisse arbitria legitima: die iudicia divisoria und rei uxoriae (A. 1337 fg.), wie auch gewisse pacta praetoria: das commodatum und depositum. Sodann tritt aber hierzu gegen Ausgang dieser Periode noch das neue Verfahren der doctrinellen Abstraction: indem man die in den synallagmatischen Geschäften ausgeprägten specifischen Verhältnisse der pecuniären Leistungen auf die allgemeineren Proportionen des do ut des, do ut facias, facio ut des und facio ut facias zurückführte, so gelangte man damit zu dem Satze, daß alle auf diesen vier Figuren beruhenden, nicht bereits als contractus anerkannten Pactionen klagbar und zwar mit der für den contractus aestimatorius proponirten bon. fid. a. zu bekleiden seien.

Im Besonderen nun die Umwandelung jener pacta praetoria mit ihrer a. in factum conc. in bon. fid. neg. betreffend, so vollzieht sich dieser Proceß, wie bemerkt, lediglich bezüglich des commodatum und depositum, wogegen bezüglich des pignus die Verhältnisse durchaus anders und eigenartig sich gestalten: denn während hier der Prätor für das pignus praetorium eine eigene a. in factum conc. proponirte, durch die somit jenes selbst zum pactum praetorium erhoben ward,[1495]) so hatte wiederum die

---

tionem, an ex locato quasi rem vendendam locasse videat, an ex conducto quasi operas conduxissem, an mandati.

1495) Das Edict über diese a. pigneraticia in fact. conc. lautet nach Dig. XLII, 5, 9. pr.: si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei, ad quem ea res pertinet, non restituat sive, quod impensae sine dolo malo fecerit, ei non praestabitur sive dolo malo eius deterior causa possessionis facta esse dicetur, de ea re in factum iudicium dabo, und giebt somit dem Eigenthümer wider den missus parallel der a. pigneraticia in ius conc. Klage auf Restitution der fructus, wie auf Schadenersatz wegen doloser Deteriorirung des pignus, dagegen dem missus wider den Eigenthümer parallel der a. pigneraticia contraria Klage auf Restitution der impensae sine dolo malo factae. Daß dieses Edict einer anderen Periode angehört, als das ädilicische, ergiebt schon der Sprachgebrauch: die Impensen werden nicht mehr durch accessiones (A. 1360), sondern als impensae bezeichnet, und nicht minder die Rechtsordnung selbst: die Haftung für Deteriorirung greift nicht wegen jeder Verschuldung (A. 1355), sondern nur wegen Dolus Platz (A. 1031), ein Punkt, in welchem andererseits wiederum die a. pigneraticia in ius conc. abwich: A. 1023.

Interpretatio auf das pignus civile die bon. fid. a. übertragen (A. 1335); und beiderlei Klagen behaupteten nun ebenso während der gegenwärtigen, wie in der dritten Periode jene von Vorn herein ihnen zugewiesene prärogative Beziehung zu dem betreffenden Rechtsverhältnisse, ohne daß die eine auf das der anderen unterfallende negotium übertragen worden und so mit derselben in Concurrenz getreten wäre: das pignus praetorium ist mit Einem Worte niemals zum bon. fid. negotium umgestaltet und mit bon. fid. a. versehen worden, während das pignus civile nie mit a. in factum conc. bekleidet und somit niemals zugleich als pactum praetorium behandelt wurde. Dahingegen commodotum, wie depositum waren bereits in der vorigen Periode mit a. in factum conc. bekleidet und somit als pacta praetoria klagbar gemacht worden und zwar das erstere durch das Edict des Prätor Pacuvius Antistius Labeo:

Quod quis utendum dedisse dicetur, de eo iudicium dabo,[1496]) das letztere aber durch das Edict:

1496) Das ed. perpetuum in Dig. XIII, 6, 1. pr. lautet: Quod quis commodasse dicetur, de eo actionem dabo, wozu nun Ulp. 28 ad Ed. (D. cit. § 1) bemerkt: qui edictum concepit (i. e. Salv. Julian.), commodati fecit mentionem, quum Pacuvius utendi fecit mentionem. Ueberdem wird jene ältere Fassung des Edictes bekundet durch Brut. und Qu. Muc. 16 Jur. civ. bei Gell. VI, 15, 1. 2. Cic. in Verr. II, 18, 46. Tusc. III, 17, 36. Lab. bei Ulp. cit. und 2 Post. a Jav. ep. (D. XXXII, 1, 29. pr.), Marcell. 19 Dig. (D. XLI, 2, 20), Jul. 51 Dig. (D. XIII, 6, 19), Gai. III, 196. 197. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 4), 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 2); fr. in J. Just. III, 14, 2; vgl. lex Jul. de adult. v. 737 bei Ulp. 3 de Adult. (D. XLVIII, 5, 27. § 6); Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. XIII, 6, 28), Gai. III, 206.; und so auch noch beibehalten von Ulp. 46 ad Sab. (fr. Vat. 269), vgl. 29 ad Sab. (D. XIII, 6, 19. pr.). Das Edict entlehnte jene Fassung dem vulgären rem utendam rogare, dare, accipere, womit das Volk das Commodat bereits zu einer Zeit bezeichnete, bevor dasselbe als Rechtsgeschäft anerkannt war, so Plaut. Curc. V, 2, 3 fg. Asin. II, 4, 38 fg. Aul. I, 2, 17 fg. II, 4, 32. 9, 4. Pers. I, 3, 47. Rud. III, 1, 10. Cat. RR. 5, 4. Andererseits ist auch der Ausdruck commodare alt: er findet sich ebenso bei Plaut. und Cic., bei Ofil. in Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 2, 39. § 1) und in Pomp. 26 ad Sab. (D. XLV, 3, 6), wie bei Lab. cit. Der Urheber jenes Edictes ist Pacuvius Antistius Labeo, Vater des Labeo: Rudorff, Ed perpet. § 99 A. 1. Ubbelohde, ben. Realcontr. 78. Pernice, Labeo I, 7 fg. Es beziehen sich auf diese a. in factum Qu. Muc. bei Ulp. 28 ad

Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra compraehensae sunt, — — in duplum iudicium dabo.[1497])

Und wie bereits frühzeitig jene pacta praetoria den für die bon. fid. negotia maaßgebenden Gesetzen und theoretischen Gesichtspunkten unterstellt wurden (A. 1026), so nun wurde auch auf commodatum und depositum insbesondere die bon. fid. a. selbst geradezu übertragen.[1498])

Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2 s. Thl. IV, 2. S. 616), und Veteres das. (D. cit. § 6. 9) vgl. Treb. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 3) und bei Lab. 2 Post. a Jav. ep. (D. XXXII, 1, 29. pr.), Alf. 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XII, 6, 36), 7 Dig. (D. XXXIV, 2, 28), Cascell. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 2, 39. § 1). Im Uebrigen vgl. A. 1497, sowie Keller, Civ. Pr. A. 365.

1497) Das Edict perpet. in Dig. XVI, 3, 1. § 1 schiebt nach sunt noch ein: in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius; allein dies ist wohl späterer Einschub: vgl. § 134. Das Edict diente, ebenso wie das in A. 1496, einzig und allein der zwiefachen a. in factum conc., keineswegs aber der bon. fid. als a. Grundlage: denn eine bon. fid. a. depositi auf duplum gab es überhaupt nicht, ebensowenig wie eine a. depositi der XII Taf.: A. 860. Auf jene a. in fact. conc. beziehen sich Trebat. bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 41) und bei Paul. 60 ad Ed. (D. cit. 21. § 1), wozu vgl. Thl. IV A. 37, Alf. 2 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XVI, 3, 35. XIX, 2, 31), vgl. Treb. bei Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 7), Ofil. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 2, 39. § 1) und bei Pomp. 26 ad Sab. (D. XLV, 3, 6). Diese Klage lehnte sich historisch an die a. fiduciae cum amico an (A. 862), woraus theils das duplum, theils die so merkwürdige Thatsache sich erklärt, daß sie allein eine perpetua honoraria ist: Nerat. 2 Membr. (D. XVI, 3, 18); denn dies ergiebt, daß eine a. ex deposito delictischen Characters jener honorar. Klage nicht vorausging. — Die Ansichten der in A. 253 Citirten, wie von Arndts in Haimerls Vierteljahrschr. XVII, 8 kommen weniger hier, als vielmehr bei der a fiduciae cum amico in Betracht.

1498) Zeugnisse für die bon. fid. a. commodati bieten Gai. IV, 47. Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2), J. Just. IV, 6, 28; für die a. depositi: Gai. IV, 47. 62. Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 23), Paul. 28 ad Ed. (D. XIII, 4, 7. pr.), Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31. § 1), J. Just. cit., wogegen Sen. de ben. VI, 5, 5: formula Si qui apud me pecuniam deposuerit, auf die a. in factum conc. allein: „Si parret—deposuisse" hinweist, somit also die a. in ius conc. noch nicht kannte. Sonach aber sind beide Klagen wohl durch das edict. perpet. zuerst proponirt worden.

Was dagegen die Innominatcontracte betrifft, so vollzieht sich deren Ausbildung in vier verschiedenen Phasen.[1499])

Zuerst nämlich wird in der Zeit August's durch das Edict die von der auctoritas ICtorum präcisirte a. aestimatoria proponirt:

Ulp. 72 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.): actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. — Melius itaque visum est hanc actionem proponi; wozu vgl. J. Just. IV, 6, 28. Theoph. in h. l. tit. Dig. XIX, 3,

welche daher dem Labeo bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 5, 17. § 1) bekannt ist.

Von hier aus dann in weiterer Entwickelung wird der Stoff jenes Edictes zuvörderst von der Rechtswissenschaft aufgenommen, vornämlich aber von den Proculianern zur doctrinellen Verallgemeinerung jener Klage verwerthet.

Und zwar operiren Labeo und die älteren Proculianer dabei auf Grund der Begriffsbestimmung, daß dem συνάλλαγμα, als der Vereinbarung, welche auf wechselseitige Vermögensleistung gerichtet ist, ebenso der wesentliche zweiseitige contractus unterfalle (A. 1399), geschützt somit durch die a. ex contractu, als auch jedes andere, wesentlich zweiseitige negotium,[1500]) daran nun den Lehrsatz knüpfend, daß auf diejenigen synallagmatischen negotia, denen, um den perfecten Thatbestand eines Real- oder Consensualcontractes zu ergeben, es in concreto an einem wesentlichen Momente gebricht, die im Uebrigen jedoch nach den wirthschaftlichen Proportionen eines Contractes sich ordnen oder die, wie Cels. 3 Dig. (D. XII, 4, 16) sagt: „pro portione" alicuius contractus sunt, die a. aestimatoria gleich als Supplementar-Klage zu übertragen sei, während bezüglich aller übrigen synallagmatischen negotia solche Klagbarkeit noch nicht postulirt wird:

Cels. 8 Dig. (D. XIX, 5, 2): quum deficiant vulgaria atque

1499) Vgl. hierzu Gans, Oblig. Rt. 179 fg. Danz, R. G. § 152 unter c. Kuntze, Inst. II, 494 fg. Voigt, Cond. ob Caus. A. 426.

1500) Vgl. Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XIX, 5, 19. pr.): tutius est agere praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus, und dazu Voigt, a. O. 464. Wegen Aristo vgl. den oballegirten Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2).

usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.

Und so wird denn im Besonderen jene Klage statuirt

bei einem Vertrage, wo es zweifelhaft ist, ob loc. cond. rei oder operis vorliegt: Lab. bei Pap. 8 Quaest. (D. XIX, 5, 1. § 1);

bei mandatum vendendi unter Ueberlassung des Erlöses als mutuum: Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XIX, 5, 19. pr.); vgl. Nerv. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 11. pr.), sowie Afr. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 34. pr.) und dazu Schilling, Inst. § 265 i;

bei Verkauf auf Probe, dafern der Käufer das Object anstatt zur Probe zu anderem Gebrauche verwendet und dann Displicenz ausüben will: Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 5, 20. pr.);

bei suspensiv bedingtem Kaufe, dafern der Abkäufer den Eintritt der Bedingung vereitelt: Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. XVIII, 1, 50); vgl. § 128;

wohl bei einem Vertrage, wo Mischung von emtio vend. und locatio cond. vorliegt, worüber vgl.

Jav. 5 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 79): fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emtor alteram partem, quam retinebas, annis X certa pecunia in annos singulos conductam habeat. Labeo et Trebatius negant posse ex vendito agi, ut id, quod convenerit, fiat;

bei pactum manumitto, ut des, wobei mandatum manumittendi zu Grunde liegt: Proc. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 4, 3. § 4); vgl. A. 1510 und Schilling, Inst. § 324 l; Voigt, Cond. ob caus. 741;

bei Mandat, welches einem für den eigenen Sclaven gehaltenen liber homo ertheilt ist: Cels. bei Pomp. 11 ad Sab. (D. XIII, 6, 13. § 2);

vgl. Nerat. 1 Resp. (D. XIX, 5, 6); Vivian. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 5, 17. pr.).

Dahingegen wird bei Ermangelung solchen proportionalen Verhältnisses zu einem Contracte dem negotium jene Klage abgesprochen von

Cels. 3 Dig. (D. XII, 4, 16): dedi tibi pecuniam, ut mihi

Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum.

Von diesem Standpunkte der Theorie aus thut nun Aristo, somit zur Zeit von Trajan, den weiteren Schritt, daß er, insbesondere noch dem Cels. entgegentretend, auch bei anderen synallagmatischen negotia,[1501]) welche nicht „pro portione" eines Contractes sind, die a. aestimatoria für zulässig erklärte und so namentlich bei der permutatio und dem Vertrage do ut facias:

Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2): si in alium (i. e. aliquem) contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem, utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem; wozu vgl. Voigt, a. D. 464.

Auf der anderen Seite treten jedoch jenen proculianischen Theorieen die Sabinianer entgegen, indem dieselben vielmehr an Stelle der a. praescr. verb. entweder eine cond. ob caus. zusprechen (vgl. A. 1616), derselben dem entsprechend eine ganz abnorme Anwendbarkeit beimessend, so Sabin. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 5, 17. § 5), theils aber auch die Contractsklage oder eine gewöhnliche a. in factum zuerkennend, so Nerv. und Proc. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 9. § 9. fr. 11. pr.); vgl. Jav. 5 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 79), Jul. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2).

Und gegenüber solcher Schulcontroverse nahm nun endlich das Edict und zwar noch zur Zeit Trajan's[1502]) dahin Stellung, daß es zwar auf Seiten der Proculianer trat, allein weder in der von Aristo geforderten weitgreifenden Maaße, noch in der von Lab., Proc. und Cels. vertretenen beschränkteren Beziehung, als vielmehr in der Maaße, daß es für die permutatio, der Lehrmeinung Aristo's entsprechend, die a. aestimatoria, bezüglich des

---

1501) Auf dem Fehlen des synallagmatischen Elementes beruht die Entscheidung von Arist. bei Pomp. 22 ad Sab. (D. XIX, 5, 16. § 1).

1502) Denn die a. ex permutatione ist wiederum bereits dem Aristo bekannt, der sie nach Paul. 5 ad Plaut. (D. XIX, 4, 2) hier als etwas objectiv Sicheres, somit der Schulcontroverse bereits Entrücktes behandelt.

in factum Concipirten modificirt, proponirte,[1503]) demgemäß nun jene Klage in solcher Verwendung die besondere Benennung a. ex permutatione empfing:

J. Just. IV, 6, 28: praescriptis verbis (sc. actio), — quae ex permutatione competit; wozu vgl. tit. Dig. XIX, 4: de rerum permutatione; tit. Cod. IV, 64: de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione.

Und zwar lag eine besondere Veranlassung für Proponirung dieser Klage in einer anderen Schulcontroverse, welche die Stellung der permutatio zu der emt. vend. betraf. Denn es traten die Proculianer und so insbesondere Nerva und Proculus mit dem Lehrsatze auf, daß die permutatio als ein von der emtio vend. specifisch verschiedenes Geschäft aus derselben auszuscheiden und demnach der a. ex empto vend. zu entziehen sei, wogegen die Sabinianer und so namentlich noch Sabinus und Cassius die altüberlieferte Rechtsordnung (Beil. XXI § XIV unter 2a) vertraten, wonach die permutatio ein indistinct der emtio vend. unterfallendes und deren Klage theilhaftes Rechtsgeschäft war.[1504]) Und indem nun in dieser Controverse das honorarische Edict der proculianischen Lehrmeinung beitrat, so war damit ohne Weiteres die Nothwendigkeit der Proponirung jenes besonderen Capitels über die permutatio gegeben, welches deren fernere Klagbarkeit wahrte und sicher stellte.

Die dritte Entwickelungsphase wird sodann markirt durch das edictum perpetuum, somit bereits unter Hadrian, welches, die von Arist. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2) aufgestellte Lehrmeinung adoptirend, auf alle synallagmatischen negotia, welche nicht bereits als contractus anerkannt sind, die a. aestimatoria

---

1503) Uebereinstimmend erkennt drei verschiedene Edicte über die a. praescr. verb. an Rudorff, Ed. perp. § 114—116. Auffälliger Weise giebt noch Afric. 8 Quaest. (D. XXIII, 3, 50. pr.) die cond. caus. finita statt der a. ex permutatione.

1504) Gai. III, 141 (J. Just. III, 23, 2); Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 1. § 1); der proculianischen Lehrmeinung gehören an Arist. bei Ulp. 4 ad Ed. cit. (D. II, 14, 7. § 2) und Ped. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XIX, 4, 1. § 3). — Die analoge doctrinelle Operation bezüglich der loc. conductio bezeugt das fr. in J. Just. III, 24, 2. wozu vgl. Gai. III, 144. Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 5, 17. § 3), Paul. 5 Quaest. (D. cit. 5. § 2).

übertrug, d. h. solche Klage im Allgemeinen zusicherte, ohne jedoch die concreten Formeln für die verschiedenen Fälle besonders zu proponiren oder auch nur diese Fälle selbst näher zu präcisiren:

Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.): quoties — de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem;

J. Just. IV, 6, 28: bonae fidei sunt hae (sc. actiones): ex emto vendito, — — praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur et ea quae ex permutatione competit;

Theoph. in h. l. praescriptis verbis λεγομένη aestimatoria;

vgl. tit. Dig. XIX, 5: de praescriptis verbis et in factum actionibus; tit. Cod. IV, 64: de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione.

Und indem somit in Folge dieses Edictes die a. aestimatoria zur Klaggattung sich umwandelte, so empfing solche nun die Gattungsbezeichnung a. praescriptis verbis, während wiederum gleichzeitig jene klagbaren synallagmatischen negotia nunmehr für ächte contractus erklärt werden von

Jul. 14 Dig. (D. XIX, 5, 3): contractus, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt;

Maurician. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2): esse contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit[1505]).

Und endlich wird nun auf jenes Edikt von Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5) ein umfassendes System der Innominatcontracte gestützt, welches die bezüglichen Sondererscheinungen auf die darin ausgeprägten Vermögensproportionen do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des zurückführt und in den ersten drei Grundverhältnissen die a. praescr. verb. für geboten, in dem Falle des facio ut des dagegen für unstatthaft erklärt, während von anderer Seite auch letzteren Falles jene Klage gegeben

1505) Vgl. Voigt, a. O. 464. Dahingegen klingt die Terminologie des Aristo noch nach bei Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 5, 22): quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium id est praescript. verb., und Ulp. 42 ad Sab. (D. cit. 15): habet in se negotium aliquid.

wird[1506]). Ueberdem fällt aber in diese Zeit noch die ganz excentrische Verwendung jener Klage auf das precarium[1507]).

Endlich die letzte Epoche in der Entwickelung jener Klage wird durch das Recht der Kaiser-Constitutionen begründet: dieselben geben der Klage in doppeltem Punkte eine Anwendung außerhalb der Sphäre des Innominatcontractes: theils nämlich auf das eine Resolutivbedingung setzende pactum adiectum[1508]), theils auf die donatio sub modo[1509]).

Was endlich die formula der a. aestimatoria, wie praescr. verb. im Allgemeinen betrifft, so sind dafür drei Momente maaßgebend:

Zunächst nämlich ist jene Klage eine bon. fid. a.[1510]), wie dies bezeugt wird von

---

1506) So von Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 5, 22), Ulp. 42 ad Sab. (D. cit. 15).

1507) Jul. 49 Dig. (D. XLIII, 26, 19. § 2); Ulp. 28 ad Ed. (D. cit. 2. § 2); Paul. sent. rec. V, 6, 10. Dasselbe wird von Schilling, Inst. § 328 mm ganz mit Unrecht als Innominatcontract auf do ut facias aufgefaßt, da doch vielmehr alle wesentliche Zweiseitigkeit mangelt und somit dasselbe ebensowenig synallagmatisch ist, wie das Commodat: A. 1522. In Folge dessen schlägt nun hier die a. praescr. verb. die Richtung der cond. caus. dat. ein: auf Restitution des praecario datum, während die letztere Klage ganz und gar wegfällt. — Dagegen ordnet sich dem Innominatcontracte, der permutatio ähnlich, die divisio rei communis unter: Pap. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 2, 20. § 3); Ulp. cit. (D. cit. 18. § 2); Herm. 2 Jur. Ep. (D. II, 14, 45); Diocl. im C. Just. III, 36, 14. 23. III, 38, 7.

1508) Alex. im C. Just. IV, 54, 2. vgl. Paul. 2 ad Ed. (D. XVIII, 5, 6). Möglicherweise knüpft sich dieses an den gleichen, bereits zu Beginn der bezüglichen Rechtsentwickelung von Lab. und Proc., wenn auch von anderem theoretischen Gesichtspunkte aus aufgestellten Rechtssatz an.

1509) Diocl. im C. Just. IV, 64, 6. 8. VIII, 54, 9. 22. vgl. Justin. in Dig. II, 14, 48., eine Stelle, deren Interpolation durch Tribon. sonach gar keinem Zweifel unterliegen kann: A. 478. Die dogmatische Auffassung selbst der donatio sub modo wechselte mehrfach, allein von Sept. Sev. ab ward dieselbe als reine und ächte donatio, nicht aber als Innominatcontract anerkannt: Voigt, a. O. § 78. Dagegen bei testamentarischem Modus giebt Justin. im Cod. I, 3, 46. § 6 eine cond. ex lege.

1510) Vgl. Schilling, Inst. 251 o. 325 b. Savigny, Syst. III, 483. V, 485 A. f. Keller, Civ. Pr. A. 480. Acarias, théorie des contrats innominés 60. 71. Pernice in krit. Vierteljahrschr. 1868. X, 115. Allerdings wird die a. praescr. verb. in vier Stellen auch condictio genannt; allein bei Jul. 49 Dig. (D. XLIII, 26, 19. § 2): incerti condictione id est praescriptis verbis

Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.): dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem; est enim negotium civile gestum et quidem bona fide, quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus;

Diocl. im C. Just. IV, 64, 2: permutationem re ipsa utpote bona fide constitutam — vicem emtionis obtinere, non est iuris incogniti;

J. Just. IV, 6, 28: bonae fidei sunt (sc. actiones) — praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur et ea, quae ex permutatione competit;

Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 2. § 2): quum quid precario rogatum est, — uti possumus — praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.

Und hiermit nun steht in Verbindung, ebenso daß die bezüglichen Rechtsverhältnisse den Ordnungen und Satzungen der bon. fid. negotia folgen[1511]), wie auch daß die a. praescr. verbis als civilis a. incerti mehrfach bezeichnet wird[1512]).

---

liegt sicher ein Verderbniß vor; und zwar ist nach Maaßgabe von Ulp. und Paul. in A. 1507 citt. für condictione zu setzen actione; vgl. Schilling, Inst. § 325 a, weßhalb auch zu verwerfen ist die von Pernice a. O. 98 proponirte Streichung von id est praescr. verb., obwohl an sich eine possessionis cond. causa finita nicht unmöglich ist: Voigt, a. O. 330. Sodann bei Sev. im C. Just. V, 14, 1 und Alex. das. II, 3, 10: utilis est condictio, ist der Ausdruck ganz unanstößig: indem die aus der lex mancipii zuständige Klage jetzt ächte condictio ist, so wird nun die aus der lex dicta traditioni d. i. dotis dationi zuständige Klage als utilis condictio bezeichnet: Voigt, a. O. A. 655; und solche Klage ist nun die a. praescr. verb., da die dotis datio auf die Figur do ut facias zurückgeht. Endlich bei Proc. in Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 4, 3. § 4) ist das id est condictionem mit Pernice a. O. 101 als Emblem Tribonians oder vielmehr als Glossem byzantinischer Scholiasten anzusehen.

1511) Im Besonderen s. § 80 unter I. A. 1018. 1038. bei A. 1063. 1067. 1068. 1075. 1552. 1556.

1512) Civili intentione incerti agendum est: Ner. 1 Resp. (D. XIX, 5, 6). Civilis a. incerti oder incerta: Pomp. 20 ad Sab. (D. XIX, 5, 16. pr.), Mauric. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2), Ulp. 32 ad Ed. (D. X, 3, 23), Diocl. im C. Just. IV, 64, 6. VIII, 54, 22. Civilis a.: Lab. bei Pap. 8 Quaest. (D. XIX, 5, 1. § 1), Pap. cit. (D. cit. § 2), Jul. bei Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 2), Paul. cit. (D. cit. § 3), sent. rec. V, 6, 10, Ulp. 42 ad Sab. (D. XIX, 5, 15), vgl. Arist. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2:

Sodann zeichnet sich jene Klage unter den bon. fid. actiones dadurch aus, daß ihr bereits ipso iure d. h. unabhängig von einem in concreto gestellten Partei-Antrage eine praescriptio zukommt, analog somit wie bei incerti cond. ex stipulatione (Beil. XIX § I unter 3). Und zwar ergiebt sich diese Thatsache ebenso aus der Bezeichnung an sich „praescriptis verbis"[1513]), wie sie auch besonders bekundet wird von

Alex. im C. Just. II, 4, 6: utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat,

wo zugleich auf diesen modificirenden Zusatz zur bon. fid. a. deren Characterisirung als utilis actio gestützt ist.

Und endlich nun nimmt diese praescriptio zugleich die demonstratio in sich auf, wie Alex. cit.: praescriptis verbis rem gestam demonstrat ausdrücklich bezeugt. Und auch hierfür bietet wiederum jene incerti condictio aus der adpromissorischen sponsio und fideiussio eine naheliegende Parallele, indem die formula dieser Klage mit Ea res agatur, als dem ersten Theil der praescriptio eröffnet, dann die demonstratio folgen läßt und nun erst mit der zweiten Hälfte der praescriptio: Cuius rei dies fuit den der intentio voraufgehenden Formeltheil abschließt. Sind daher nach dieser Structur die praescripta verba geförmelt worden, so muß jedoch der Inhalt der praescriptio selbst anders als Cuius rei dies fuit gelautet haben, da diese Clausel für die a. praescr. verb. gar nicht erforderlich, dahingegen aber eine anders lautende Clausel hier ganz unabweisbar war. Denn die Aufgabe und der Zweck jener praescriptio besteht überhaupt darin, die a. praescr. verb. von der ohne jenen characteristischen Formeltheil völlig gleichlautenden incerti cond. caus. dat. zu unterscheiden[1514]) und so

---

civ. obligatio), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.: negotium civile) und im Allgemeinen Gai. IV, 45. sowie Keller, Civ. Pr. A. 363. Incerti actio: Jul. 49 Dig. in A. 1510; incertum iudicium: Diocl. im C. Just. VIII, 54, 9.

1513) Diese findet sich bereits für die a. aestimatoria bei den obcitirten Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.), J. Just. IV, 6, 28 und Theoph. in h. l. und später dann allgemein für alle Nachbildungen derselben.

1514) Diese Klage lautete nach Beil. XIX A. 13 beispielsweise quod Aulus Ag. Numerio Neg. pateram auream aestimatam ea lege dedit, ut Numerius Neg. ea distracta pretium ad Aulum Ag. deferret, quidquid parret ob eam rem, qua de agitur, Numerium Neg. Aulo Ag. dare facere

nun dem Richter jeden Zweifel darüber zu benehmen, daß nicht die Rückgabe eines vorgeleisteten datum, als vielmehr die Solution eines als Gegenleistung zu gewährenden dandum in Frage stehe und zu entscheiden sei. Und deßhalb nun muß in der praescriptio an Stelle jenes cuius rei dies fuit eine die Solution der Gegenleistung markirende Clausel eingetreten sein, wofür wiederum die praescriptio bei Gai. IV, 131: Ea res agatur de fundo mancipando ein sehr naheliegendes und vollkommen entsprechendes Vorbild bietet.

Demnach aber förmelte z. B. die a. aestimatoria praescr. verb. dahin:

> Ea res agatur (erster Theil der praescr.), quod Aulus Ag. Numerio Neg. pateram auream aestimatam ea lege dedit, ut Numerius Neg. ea distracta pretium ad Aulum Ag. deferret[1515]) (demonstr.), de pretio deferendo (zweiter Theil der praescr.); quidquid parret ob eam rem Numerium Neg. Aulo Ag. dare facere oportere ex fide bona (intent.)[1516]), eius, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, si non parret, absolvito.

---

oportere, eius, iudex etc. Genau so hätte auch die normal geförmelte bon. fid. a. gelautet, nur mit dem Zusatze ex fide bona. — Wenn Keller, Civ. Pr. § 42 den Grund der singulären Formulirung der Klage darin findet, daß dieselbe eine Menge verschiedener Rechtsgeschäfte umfaßte, deren wesentlicher Inhalt anstatt einer demonstr. mit einer gewissen Umständlichkeit angegeben werden mußte, so liegt hierin ein doppelter Irrthum; denn zur Zeit der Constituirung jener Klage war es ein einziges Rechtsgeschäft, dem dieselbe diente: die aestimatio; und sodann nimmt doch die demonstr. den Inhalt solchen Rechtsgeschäftes in der That bei der tritic., wie incerti cond. caus. dat. in sich auf, denselben mit ganz der gleichen gewissen Umständlichkeit verlautbarend.

1515) Paul. sent. rec. II, 4, 4: rem aestimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me deferres; vgl. Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.): res aestimata venienda datur; (D. XIX, 5, 17. § 1): margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferres aut pretium eorum. — Gai. behandelte diese praescr. fol. 234 fg. des Veron.

1516) Andere Ansichten über diese formula s. bei Heimbach in Ztschr. f. Civilr. und Pr. XI, 289 fg. Savigny, Syst. V, 97 fg. und die daselbst Citirten, Keller, Civ. Pr. § 42 a. E. Pernice a. O. 94. 107. Die Formel Keller's hat den Fehler, daß sie bloß die typischen Eingangsworte der praescr. und eine demonstr., nicht aber eine praescr. selbst bietet.

Und indem sonach die praescriptio sammt ihrer demonstratio je nach der Gestaltung des concreten Falles ihre Conception änderte, so erklärt sich hieraus nun die Bezeichnung der a. praescr. verb. als a. in factum[1517]).

Im Uebrigen dagegen prägt in den Innominatcontracten eine singuläre, ja widerspruchsvolle Rechtsordnung darin sich aus, daß neben der a. praescr. verb. auch die bereits vor dieser Klage zur Anwendung gelangte cond. caus. dat. noch in Anwendbarkeit gelassen wurde[1518]).

§ 127.

Fortsetzung.

Die doctrinelle Präcisirung der bonae fidei actiones und negotia, sowie das Edict über dieselben.

Indem mit der gegenwärtigen Periode ebensowohl die Zahl der bon. fid. negotia sich vermehrte, als auch die eintretenden Wandelungen in Sitten und Verkehrsgewohnheiten immer mehr den Geschäftsverkehr auf den Schutz des Rechtes anwiesen; und indem andrerseits die Theorie eine immer vollkommenere geistige Herrschaft über den gegebenen Rechtsstoff erlangte und damit ohne weiteres den Impuls zu dessen immer allseitigerer Durchbildung empfing, so ist es namentlich eine doppelte Potenz, welche, bereits von dem vorhergehenden Zeitraume verwendet, auch in der gegenwärtigen Periode der Theorie die Handhaben und Agentien für solchen Fortbildungsproceß darbot: theils die bona fides oder aequitas oder die boni mores (§ 123), theils das ius naturale (§ 111), jene als Trägerin des historischen, dieses

1517) Lab., Jul. und Pap. in A. 1512 citt. Jul. 11 Dig. bei Ulp. 30 ad Sab. (D. XIX, 5, 13. § 1), Gai. 10 ad Ed. (D. cit. 22), Afr. 8 Quaest. (D. cit. 24), Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 12). Bei Jul. und Gai. citt. wollen Pernice a. O. und die das. Citirten die Zusätze civilis und id est praescr. verb. als Interpolation ansehen; allein dies ist um so gewaltsamer, als beide Zusätze öfter sich finden, so der erstere in A. 1512, der letztere aber bei Jul. 49 Dig. (D. XLIII, 26, 19. § 2), Ulp. 42 ad Sab. (D. XIX, 5, 15), Diocl. im C. Just. VIII, 54, 9. Im Uebrigen vgl. Schilling. Inst. § 334 o. z.

1518) Vgl. Voigt, a. O. 467.

als Behikel der speculativen Elemente solchen Processes, jene das aequum an sich, dieses unmittelbar die natura negotii und deren Gesetze (Thl. I § 53 fg.) ergebend. Und zwar werden beide Gesetze in einer dreifachen Modalität als Regulatoren der bon. fid. negotia verwendet.

Denn zunächst werden aus jenen Gesetzen corrective Rechtssätze entwickelt, welche, gleich als Normativbestimmungen, der Dispositionsfreiheit der Contrahenten eine absolute Schranke setzen und so daher ein Corrigens für den Geschäftsverkehr selbst ergeben, ausgehend hierbei von dem Gesichtspunkte, daß dasjenige, was, sei es contra bonam fidem oder aquitatem oder bonos mores, sei es contra naturam negotii ist, nichtig sei, so z. B. von

Cels. bei Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); non valet, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est; 12 Dig. (D. L, 17, 186): nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit; 17 Dig. (D. L, 17, 188. § 1): quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt;

Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 18): neque — bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret;

Pap. 28 Quaest. (D. XXII, 1, 5): generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideratur;

Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 7): illud non probabis dolum non esse praestandum, si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est; 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 12. § 11): non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit;

Paul. 33 ad Sab. (D. XVIII, 1, 34. § 1): rerum —, quas natura — vel mores civitatis commercio eximerunt, earum nulla venditio est; 5 Quaest. (D. XVIII, 5, 7. § 1); 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 34. pr.);

Diocl. im C. Just. VIII, 38, 14: omnia, quae contra bonos mores — in pactum — deducuntur, nullius momenti sunt;

sowie in den Citaten in § 90 unter II.

Sodann werden aus denselben supplementäre Rechtssätze hergeleitet, berufen da einzugreifen, wo über irgend welchen einer näheren Bestimmung bedürftigen Punkt die Contrahenten eine Vertragsdisposition nicht getroffen haben, so z. B. in den in § 15 unter a gegebenen Citaten.

Und endlich wird nach Maaßgabe jener Gesetze vor Allem die natura negotii präcisirt, d. h. ebensowohl die im Stadium der Unverletztheit der Obligation den Interessenten ipso iure obliegenden Befugnisse und Verbindlichkeiten nach Bestand wie Gehalt im Besonderen bestimmt, als auch die aus der Verletzung solcher Verbindlichkeiten resultirenden Folgewirkungen detaillirt, so z. B. von

Lab. 4 Post. (D. XIX, 1, 50): bona fides non patitur, ut, quum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur et re sua careret;

Jav. 2 ex Plaut. (D. XXI, 2, 60): venditor praestabit — ex natura ex emto actionis hoc, quod interest;

Gai. III, 137: in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; 7 ad Ed. prov. (D. XLI, 1, 45); 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 2): cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset; 18 ad Ed. prov. (D. L, 17, 57): bona fides non patitur, ut bis idem exigatur; 3 de Verb. Obl. (D. III, 5, 39): naturalis — ratio suadet alienam condicionem meliorem quidem — nos facere posse, deteriorem non posse:

Jul. 3 Dig. (D. III, 5, 6. § 4); Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 3); Scaev. 1 Resp. (D. XVII, 1, 60. § 4);

Pomp. 9 ex Var. lect. (D. L, 17, 206): iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem;

Pap. 9 Quaest. (D. XVI, 3, 24): contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare etc.; bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 5): si post emtionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex emto non posse;

Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 17, 116. pr.): nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei iudicia sustinet, quam

vis atque metus; quem comprobare contra bonos mores est; 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. § 1): omnia —, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in emti actionem; — — si improbato more versatus sit —, debere eum teneri;

Paul. 1 Man. (D. XVII, 2, 83): naturali convenit ratione etc.; 3 ad Sab. (D. L, 17, 10): secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda; 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 22. § 3): in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere.

Und in dieser letzteren Beziehung sind es namentlich die zahlreichen Functionen der bon. fid. a., hinsichtlich deren die gegenwärtige Periode nicht allein das von früherer Zeit bereits Festgestellte im Einzelnen schärfer präcisirt, weiter ausführt, wie vervollständigt, sondern auch nach ganz neuen Richtungen hin weiter fortbildet (§ 128), damit nun einen Lehrstoff schaffend, dessen Reichhaltigkeit die Wissenschaft zu einer besonderen Darlegung veranlaßte, wie wir solcher z. B. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. 13. 15. 17. XVII, 2, 69. XVIII, 1, 30. XVIII, 2, 16. XVIII, 3, 4. XVIII, 4, 4. 11. XXI, 2, 4. 37) begegnen.

Endlich Hand in Hand mit jenen Arbeiten der Theorie geht die dogmatische Feststellung der specifischen Unterschiede der Real- und Consensualcontracte nach Maaßgabe der darin ausgeprägten volkswirthschaftlichen Proportionen der pecuniären Interessen, die Präcisirung somit und exacte Bestimmung der von der Nationalanschauung selbst überlieferten wesentlichen Unterscheidungsmerkmale jener Verträge. Und zwar stützt sich solche Unterscheidung und begriffliche Individualisirung auf die drei Kategorien des Aequivalentes: hier das Entgeltliche und Unentgeltliche entgegensetzend[1519]) und damit die wesentlich zweiseitigen Verträge (z. B. emtio venditio) als die entgeltlichen von den wesentlich einseitigen (mutui datio) und von den hypothetisch ein- oder zweiseitigen (z. B. depositum), als den unentgeltlichen scheidend; dann

1519) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. 161 fg. 426 fg. A. 376 und dazu noch Jul. 11 Dig. bei Ulp. 30 ad Sab. (D. XIX, 5, 13. § 1), Gai. 10 ad Ed. prov. (D. cit. 22). Vgl. auch A. 1746.

des Objektes: hier das dare rem im untechnischen Sinne und das dare operam oder facere, somit die Sache und die menschliche Thatkraft gegenüberstellend und bezüglich der res wiederum scheidend zwischen fungibler und nicht fungibler Sache; endlich des öconomisch juristischen Zweckes als alterius esse oder habere oder tenere oder uti oder frui, somit insbesondere den Tauschwerth und den Nutzungswerth der Sache trennend[1520]). So daher werden auf Seiten der unentgeltlichen Verträge die Bestimmungen gegeben von

mutui datio als do rem, quae pondere, numero, mensura constat, utendam[1521]);

commodatum als do rem, quae nec pondere, nec numero, nec mensura constat, utendam[1522]);

depositum als do rem mihi servandam[1523]);

1520) Wegen dare rem vgl. Schilling, Inst. § 224 x; wegen dare operam Beil. XXI A. 189. — Wegen habere und tenere s. Beil. XXI § VII. — Wegen Tausch- und Nutzungswerth vgl. § 71. — Dagegen die technische Artbestimmung der condictio stützt sich einzig und allein auf die Kategorie des Objectes: als certa pecunia und sonstige certa res oder auch incertum.

1521) Plaut. Pers. I, 3, 37 fg.: oravi, ut nummos — mihi dares utendos mutuos; Paul. 10 ad Ed. (D. III, 6, 2): si gratuita pecunia utenda data sit; vgl. Non. Marc. 439, 19: fit meum tuum usu temporis necessarii; Ulp. 31 ad Ed. (D. XIX, 5, 19. pr.): rogasti me, ut tibi numos mutuos darem, ego quum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris; im Uebrigen vgl. Gai. III, 90. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 2), Paul. 28 ad Ed. (D. XII, 1, 2. pr. § 1). Unbedingt zinslos ist Uebrigens die mutui datio nicht, allein die Zinsen werden nicht, wie beim foenus promittirt, sondern sofort bei Zahlung des Darlehns zurückgegeben: Scaev. 28 Dig. (D. XLV, 1, 122 pr.). Die daraus entstehende Obligation ist aber nichtsdestoweniger juristisch unentgeltlich, da die condictio nicht auf Zinsen geht.

1522) A. 1496; vgl. Paul. 28 ad Ed. (D. XII, 1, 2. pr.). Dagegen das precarium enthält die Proportion do rem possidendam: Gai. II, 60, wogegen Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 2. § 3) das uti danebenstellt, und in 1 Jnst. (D. cit. 1. pr.) gar substituirt.

1523) Qu. Muc. 16 Jur. civ. (Gell. VI, 15, 2): quod cui servandum datum est; Jul. 1 Dig. (D. XIII, 6, 19): servandum conducere (vgl. Beil. XXI § XIX unter B 1); dagegen Edict in Dig. IV, 9, 1. pr.: rem salvam fore recipere und Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. pr.): quod custodiendum alicui datum est. Objectiv richtiger würde die Construction sein: operam do rei tibi servandae; allein die Römer beliebten die Auffassung als Realcontract.

mandatum als do operam negotio gerendo[1524]);
wogegen die entgeltlichen Verträge auf entsprechende wirthschaftliche Proportionen zurückgeführt werden und zwar

emtio vend. auf do pecuniam, ut rem mihi habere liceat[1525]);
locatio cond. rei auf do pecuniam, ut re uti vel frui mihi liceat[1526]);
locatio cond. operis auf do pecuniam, ut opus mihi facias[1527]);
locatio cond. operarum auf do pecuniam, ut operas mihi facias, quae locari solent[1528]);
societas auf do rem vel operam, ut in commune quaeramus[1529]);
pactum de re aestimata vendenda auf do rem aestimatam, ut ea distracta pretium ad me deferas (A. 1515);
permutatio auf do rem, ut aliam rem accipiam[1530]), quae mea sit.

Dahingegen gehört nicht zu jener Gruppe die pignoris datio, indem dieselbe ein pecuniär indifferentes Rechtsgeschäft ist, das somit in concreto ebenso unentgeltlich, wie entgeltlich sein kann[1531]), sonach aber dieselbe eine ganz singuläre Stellung unter den Contracten des ius gentium einnimmt, während wiederum andere von der Nationalanschauung individualisirte Geschäftsproportionen, wie das custodiam praestare (A. 1016) und das commendare gar nicht zu selbstständigen Rechtsfiguren erhoben worden sind.

1524) Vgl. Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 5, 22), 2 Aur. (D. XVII, 1, 2. § 1 fg.), Jnst. III, 155. 162. Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. § 4).

1525) Beil. XXI A. 95; vgl. Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 1): pecuniam do, ut rem accipiam.

1526) Beil. XXI A. 187; frui re auch Serv. bei Afr. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.) und bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15. § 2); Beides J. Just. III, 24, 2: si — rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit.

1527) Varr. L. L. V, 36, 178: si quid datum pro opera aut opere, merces (sc. appellatur).

1528) A. 1527. Plaut. Asin. I, 3, 20: datum hostimentumst: opera pro pecunia; Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 2): do, ut facias — factum, quod locari solet.

1529) Vgl. Cels. 7 Dig. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 52. § 2).

1530) Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 1); vgl. Ped. bei dems. 32 ad Ed. (D. XIX, 4, 1. § 3).

1531) Vgl. § 81 und im Besonderen Voigt, Cond. ob caus. A. 408 fg.

Was im Besonderen endlich die vertragsmäßige Leistung von operae betrifft, so stehen hier auf der einen Seite die loc. cond. operarum, hinsichtlich deren nicht allein Entgeltlichkeit, sondern auch die Bezüglichkeit auf operae mercenariae oder fabriles im Gegensatze zu operae officiales oder zu artes erfordert wird[1532]), wogegen auf der anderen Seite die Verträge über operae, quae locari non solent stehen. Und diese letzteren Verträge sind einestheils mit extraordinaria cognitio bewehrt, und dies zwar in drei verschiedenen Fällen: zuvörderst da, wo ausnahmsweise ein mandatum non gratuitum statuirt wird, weil einerseits die betreffende Leistung nach althergebrachter nationaler Auffassung dem Gesichtspunkte des Mandates unterstellt war, andererseits aber die jüngere Volksanschauung ein Entgelt als zulässig anerkannte, beim Versprechen nämlich eines salarium an den Proceß-Procurator[1533]); sodann die Fälle, wo artes honestae oder liberalia studia d. h. theoretisches Fachwissen in Gestalt von operae gegen ein Honorarium zur Verfügung gestellt wird; wie endlich gewisse Fälle, welche aus historischen Gründen: weil von Alters her keine Klage gegeben war, der vorhergehenden Classe gleichgestellt wurden[1534]). Anderntheils dagegen ward in allen übrigen Fällen die a. praescr. vorb. gegeben[1535]).

Endlich in dem prätorischen Edicte vollzieht sich gleichzeitig

---

1532) Entgeltlichkeit: Gai. III, 162. 2 Aur. (D. XIX, 2, 2. pr.); Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. § 4), 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 2). Operae mercenariae: Cic. de Off. I, 42, 150: quaestus mercenariorum, quorum operae, non quorum artes emuntur; Veter. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 1. pr.); Ulp. 8 de Omn. trib. (D. L, 13, 1. § 4); vgl. A. 808. Voigt. a. O. 739 fg.

1533) Pap. 3 Resp. (D. XVII, 1, 7); Sev. und Car. im C. Just. IV, 35, 1. vgl. Schilling, a. O. § 308 n. 329 c.

1534) Artes: Cic. in A. 1532 cit.; liberalia studia: Ulp. 8 de Omn. trib. (D. L, 13, 1. pr.), Justin. pragm. sanct. c. 22. Hierunter fallen die Leistungen der architecti und medici: Cic. l. c. Ulp. cit. (D. cit. § 1. 3), der obstetrices, praeceptores studiorum liberalium, librarii, notarii, calculatores oder tabularii: Ulp. cit. (D. cit. pr. § 2. 6), der patroni causarum: Ulp. cit. (D. cit. 1. § 10—13), Justin. im Cod. III, 1, 13. § 9, der agrimensores: Ulp. 24 ad Ed. in A. 1532, und der Gerichtsbeisitzer der Magistrate: Schilling, a. O. § 329 e. In letzterer Beziehung aber die Leistungen des proxeneta und der nutrix: Ulp. 8 de Omn. trib. (D. L, 14, 3. L, 13, 1. § 14).

1535) Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 2).

mit jenen dogmatischen Arbeiten der Rechtswissenschaft eine höchst merkwürdige Umstellung und neue Behandlung der bon. fid. actiones. Während nämlich von Vorn herein die bon. fid. negotia unter dem Edicte Pacta conventa inbegriffen werden und unterhalb dessen die bon. fid. a. proponirt ist (§ 114), die beiden pacta praetoria des depositum und commodatum dagegen in dem Abschnitt von den condictiones: in der pars de Rebus creditis eingeordnet sind, so werden nunmehr nicht allein diese beiden negotia auch dann noch in dieser Stellung in solchem Abschnitte belassen, nachdem dieselben bereits als bon. fid. contractus anerkannt sind, sondern es wird denselben auch das pignus civile mit seiner bon. fid. a. (§ 126) eingefügt, so daß dieselben in der Reihe: commodatum, pignoraticia actio, depositum auf einander folgen. Dagegen die Consensualcontracte werden aus dem Edicte Pacta conventa ausgeschieden und indem für dieselben sammt den Innominatcontracten der von der Rechtswissenschaft gebotene Begriff von contractus, als synallagmatisches Rechtsgeschäft (A. 1399) vom Prätor adoptirt wird, so wird ein neuer Abschnitt de Contractibus dem Edicte eingefügt und dieselben hier in der Reihenfolge eingeordnet: mandatum, societas, a. aestimatoria, permutatio, praescr. verb., emtio vend. und locatio cond. Damit aber ist nicht allein die chronologische Folge der Klagbarmachung, sondern auch die Einheit des Begriffes ebenso von bon. fid. negotium, wie von contractus gestört: der eine Theil derselben ist den condictiones angeschlossen, der andere Theil dagegen als contractus zu einer selbstständigen Gruppe zusammengefaßt[1536]). Endlich wieder die negotiorum gestio behielt ihre alte Stellung in der pars de Jurisdictione bei: als Lehre von dem Proceß-Procurator.

§ 128.

Fortsetzung.

Die verschiedenen Functionen der bonae fidei actiones.

Während bereits der vorhergehende Zeitraum der bon fid. a. neben ihrer Hauptfunction als Contracts- oder Quasicontracts-

1536) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 43.

klage die Nebenaufgaben überwies, ebenso als Schädenklage zu dienen wegen mora oder verschuldeter Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, ingleichen wegen dolus malus, vis, reticentia und Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae, sodann aber auch als Bereicherungsklage wegen Zwischengewinn und wegen Impensen, wie endlich als Organ für Wahrung der beiderseitigen Parteiinteressen; so hat nun die gegenwärtige Periode nicht allein den in jenen Punkten überlieferten Lehrstoff überarbeitet und vervollkommnet, sondern auch innerhalb jener manichfachen Functionen die Verwendung der bon. fid. a. noch erweitert, und so namentlich derselben die neuen Functionen beigemessen, als Schädenklage wegen Eviction, wegen verschuldeter Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte, sowie wegen laesio enormis zu dienen, dann parallel der cond. ob caus. als Bereicherungsklage wegen vitiöser causa einzutreten, wie endlich defensio ipso iure wegen error in der Willensbestimmung zuzulassen.[1537]).

Im Besonderen nun vollzog sich zuvörderst in der Richtung der Contractsklage eine Verallgemeinerung der Klagbarkeit der pacta adiecta (§ 112): dieselben werden schrittweise immer allgemeiner der Klage ihres Hauptcontractes theilhaft gemacht. Und zwar extendirte man zuerst die im ädilicischen Edicte aufgestellte Rechtsordnung, wonach das bei den bezüglichen Käufen zu Gunsten des Abkäufers vereinbarte resolutive pactum displicentiae durch a. redhibitoria geschützt wird (A. 1349), auf die nicht diesem Edicte unterfallenden Käufe mit der Modification, daß hier aus solchem pactum a. emti gegeben wird: Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 3), Sab. bei Paul. 2 ad Ed. (D. XVIII, 5, 6)[1538]) und bei

---

1537) Vgl. Beil. VII § 2 fg. Ueber die bon fid. a. s. die Literatur bei Schilling, Inst. § 109 a; Rein, Priv. Rt. 902 A. 1. Arndts, Pand. § 100 Anmkg. Dann noch Windscheid, Pand. § 46, 4. Vangerow, Pand. I § 139 A. 1. Bering, Inst. § 114, 12. Kuntze, Inst. § 236; Kämmerer, de doli clausula 79 fg. Lynden, iurispr. Tull. 138 fg. 145 fg. J. Sandra, de neg. bon. fid. et str. iur. Trai. ad Rh. 1820. Heimbach in Ztschr. f. Civ. Rt. und Proc. N. F. 1849 VI, 66 fg. O. Götz, de condiction. doctr. I. II. Lips. 1856, eine Schrift, die in Auffassung des Stoffes manches durchaus Originale und Beachtenswerthe bietet.

1538) Schilling, Inst. § 334 o bezieht diese Stellen auf ein zu Gunsten

Ulp. cit.; und diese Ansicht vertritt auch Ulp. l. c. selbst, während Paul. l. c. vielmehr die ädilicische a. in factum (A. 1349), endlich Diocl. im C. Just. IV, 58, 4 die a. redhibitoria giebt. Dagegen aus dem zu Gunsten des Verkäufers vereinbarten resolutiven pactum displicentiae giebt noch Proc. 11 Ep. (D. XIX, 5, 12) die ädilicische a. in factum (A. 1349), wogegen Jul. bei Ulp. 38 ad Ed. (D. XIII, 7, 13. pr.) a. venditi und Alex. im C. Just. IV, 54, 2 daneben alternativ a. praescr. verb. zusprechen.[1539])

Dann bei der lex commissoria ist die Zulässigkeit der a. venditi auf Rückgabe des bereits tradirten Objectes[1540]) längere Zeit streitig: die letztere wird zwar von Pomp. 9 ad Sab. (D. XVIII, 1, 6. § 1) zugesprochen, allein von anderer Seite ward hiergegen geltend gemacht, daß nach eingetretener Resolvirung der emtio vend. die Zulassung der a. venditi einen inneren Widerspruch enthalte. Erst Sev. und Carac. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XVIII, 3, 4. pr.) entscheiden definitiv für die Statthaftigkeit solcher Klage, die nun auch von Alex. im C. Just. IV, 54, 3 gegeben wird.[1541])

Hinwieder giebt Ulp. ebenso aus der in diem addictio, als auch bei verschuldeter Vereitelung des Eintrittes der Suspensivbedingung a. venditi: 32 und 11 ad Ed. (D. XVIII, 2, 16. XVIII, 1, 50) und resp. a. emti: 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 7. pr.), gemäß dem Grundsatze, daß die dolose Vereitelung der Möglichkeit der Leistung der dolosen Verweigerung der möglichen Leistung gleichsteht (A. 884), während Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. cit. letzteren Falles nur die a. praescr. verb. für statthaft hielt.

Endlich aus dem pactum adiectum über Evictionshaftung

---

des Verkäufers vereinbartes pact. displic., somit auf a. venditi; allein das entspricht nicht den Worten der Stelle. Und ebenso halte ich die Auffassung der a. in factum als a. praescr. verb. für unangemessen.

1539) Schilling, a. O. § 334 m leugnet jene a. in fact., indem er vielmehr die fraglichen Stellen dem pactum de retrovendendo unterstellt. Ich theile indeß die Ansicht derer, die ein von dem pact. displic. zu Gunsten des Verkäufers unterschiedenes pact. de retrovend. nicht anerkennen; vgl. Schilling, a. O. z. Wegen Jul. cit. insbesondere vgl. Schilling, a. O. § 261 gg.

1540) Dagegen bezüglich des bereits gezahlten, verwirkten Kaufpreises bedurfte es überhaupt keiner Klage: Plaut. Pseud. I, 3, 45 fg. I, 1, 52—59. II, 2, 4 fg. vgl. Voigt, Cond. ob caus. 250 fg.

1541) Vgl. Schilling, a. O. § 300 r. 331 l. Savigny, Syst. VI, 127. Keller, Inst. 120 fg.

(vgl. A. 1370) wird bereits zu früherem Zeitpunkte a. emti gegeben von Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 18), Pap. 3 Resp. (fr. Vat. 8), Ulp. l. c., Paul. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 2, 56 pr.), Diocl. im C. Just. III, 38, 7; ingleichen aus dem pactum auf Abschluß einer stipulatio simplae, duplae, triplae oder dergl. von Paul. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 56 pr.); nicht minder aus dem pactum adjectum wegen Fehlerfreiheit des Objectes (vgl. A. 1370) von Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 15), Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 4), Ulp. 18. 32. 70 ad Ed. (D. XIX, 1, 34. 13. § 3. 4. fr. 35), Paul. sent. rec. II, 17, 6. Flor. 8 Inst. (D. XVIII, 1, 43. pr.), Hermog. 2 Jur. ep. (D. XIX, 1, 49. pr.), Diocl. im C. Just. IV, 49, 9; wie endlich aus dem Zinsvertrage von Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 34. pr.), Pap. 9 Quaest. (D. XVI, 3, 24), Paul. de Usur. (D. XXII, 1, 17. § 4), 4 Resp. (D. XVI, 3, 26. § 1), Gord. im C. Just. IV, 54, 5.[1542]).

Wenn so daher diese Momente ergeben, daß die gegenwärtige Periode in der That die Klagbarkeit der pacta bonae fidei constractui adiecta gleich als eine der aequitas entsprechende Ordnung vertrat und verwirklichte, so vollzog sich doch andererseits die praktische Durchführung dieser Ordnung theils nur schrittweise, theils in weitergreifenderer Maaße nicht vor dem zweiten Jahrhundert n. Chr.,[1543]) theils aber auch niemals in unbeschränk-

---

1542) Göß l. c. I, 7 hebt noch hervor, daran einen verschiedenen Effect je für bon. fid. und stricti iur. neg. knüpfend, die Clausel, wodurch der Vertrag theilweis auf einen Dritten gestellt wird; allein die dort hervorgehobene Differenz knüpft nicht an jenen Gegensatz an, sondern ist Schulcontroverse bezüglich der Stipulation insbesondere: Gai. III, 103. vgl. Schilling, a. O. § 261. Schrader zu Inst. III, 19. 4. Ebensowenig gehören jenem Gegensatze an die Verhältnisse die Göß p. 6 hierher zieht: die Solidarhaft der Erben beruht immer auf besonderem Grunde, so z. B. Venul. 6 Stip. (D. XLV, 1, 139) und ist daher dem strictum ius weder allgemein, noch ausschließlich eigen, so z. B. Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 3); vgl. Schilling, a. O. § 260.

1543) Es ergiebt dies einen Maaßstab der richtigen Würdigung von der S. 185 bekämpften Ansicht, daß bereits die XII Taf. ein dem dinglichen Rechtsgeschäfte stricti iuris beigefügtes pactum adiectum: die fiducia als klagbar anerkannt hätten, ein Satz, der wieder vertreten wird von Esmarch in Krit. Viertelj.-Schr. 1872. S. 225 fg.; allein diesfalls hätte ja doch die fiducia der traditio beigefügt werden können, während die Quellen sie auf mancipatio und in iure cessio beschränken; und wie bei einer leg. a. — denn dies ist ja die in iure cessio — eine unsolenne Rede von Rechts-

ter Allgemeinheit, da vielmehr immer noch gewisse Ausnahmefälle anerkannt werden, in denen das pactum adiectum für insufficient zur Begründung der Klage angesehen wird, so bei

Paul. 27 ad Ed. (D. XI, 7, 11): quodsi locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quos ius est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet.

Was sodann die überlieferten Functionen der bon. fid. a. als Schädenklage anbetrifft (§ 112), so erfährt vor Allem die Lehre von der Mora eine höchst sorgsame doctrinelle Ausbildung: zunächst wird aus dem Begriffe mora die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte als ein selbstständiger Thatbestand ausgeschieden; sodann werden neben der Nichtleistung am vereinbarten Solutionstermine als weitere Thatbestände der mora solvendi anerkannt theils die Interpellation Seitens des Gläubigers bei unbestimmtem Solutionstermine, theils das decretum ius dicentis bei hereditas vacans[1544]); und endlich werden die manichfachen Folgewirkungen solcher Mora im Einzelnen vervollständigt, wie genauer bestimmt, und namentlich durch Exegese der Constitution Quoties culpa intervenit debitoris, perpetuatur obligatio präcisirt (A. 1371), dementsprechend nun insbesondere einerseits die perpetuatio obligationis gewissen Einschränkungen unterstellt wird: theils daß dieselbe gleichwie durch Lit. Cont., so auch durch purgatio morae wieder aufgehoben wird,[1545]) theils daß auch in gewissem Falle nach der sabinianischen Lehrmeinung der zufällige Untergang der res debita den Schuldner trotz seiner Mora liberirt,[1546]) wie andererseits bei Debitum von baar Geld usurae officio iudicis praestandae dem

---

wirksamkeit war, das dürfte denn doch vor Allem erst zu begründen sein; und überdem bezeugt Gai. I, 140. 172 ausdrücklich, daß die lex fiduciae der Formel inserirt ward: A. 1168.

1544) A. 1005 fg. Dagegen der Thatbestand des delictischen Besitzes fällt nicht in die Sphäre der bon. fid. a.

1545) Die Lehre von der purgatio morae durch Offerte des Debitum ist noch unbekannt dem Lab. bei Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 7, 17), wird vielmehr zuerst aufgestellt von Cels. d. Jüng. bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 3) und adoptirt von Jul. bei Dems.

1546) Vgl. hierüber A. 1759.

Gläubiger zuerkannt werden.[1547]) Und anderntheils wiederum bezüglich der mora accipiendi wird die Rechtsordnung der XII Tafeln (§ 97) adoptirt, daß dem Schuldner die Dereliction und resp. Deposition der res debita nur dann gestattet ist, wenn derselbe zuvor den Gläubiger interpellirt oder demselben solches Verfahren denunciirt hat (§ 86 unter I B 4).

Nicht minder bezüglich der bon. fid. a. als Schädenklage wegen verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte unterzog sich die Theorie der Aufgabe, ebensowohl die manichfachen, solche Rechtsverletzung begründenden objectiven Thatbestände in reichster Casuistik festzustellen (§ 86 unter III), als auch bezüglich der einzelnen bon. fid. negotia den verschiedenen Grad der Haftung für Verschuldung in systematischer Uebersicht zusammenzufassen und darzulegen,[1548]) wie endlich auch solche Verschuldung selbst ihrer Wesenheit nach genauer zu bestimmen (§ 141). Während sodann in der Function einer a. de dolo und quod met. c. die theoretische Durchbildung der bon. fid. a. in den Hintergrund zurücktritt, da in ersterer Beziehung dieselbe in Abhängigkeit steht von den in Bezug auf die a. de dolo selbst sich vollziehenden Operationen der Theorie hinsichtlich der Wesenbestimmung des dolus malus, wie der Ver-

---

1547) Diese Zinsen sind dem ädilic. Edicte noch unbekannt: A. 1358 und erst durch Lab. eingeführt: Pomp. 13 ad Sab'(D. XVII, 2, 60. pr.); vgl. Noodt, de foenore et usur. I, 5. III, 6. 7. Glück, Pand. XXI, 34 fg. Madai, Mora 354 fg.

1548) Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23), wo indeß die Lehrsätze des Sabin. in corrumpirter Fassung vorliegen: Huschke im Rhein. Mus. f. Jurispr. VII, 74. Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61). Daneben dann mannichfache Detailerörterungen, so A. 1027; dann Quint. J. O. VII, 4, 35: in quo iudicio (sc. tutelae) solet quaeri, an alia de re, quam de calculis cognosci oporteat, an fidem praestare debeat tantum, non etiam consilium et eventum, wo somit Haftung für Culpa neben der für Dolus in Frage steht (vgl. A. 1734); endlich Gai. 2 Aur. (J. Just. III, 25, 9): socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, — an etiam culpae — nomine, quaesitum est; praevaluit tamen etiam culpae nomine teneri eum, welche jüngere Rechtsordnung zurückgeht auf Cels. 7 Dig. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 52. § 2), während wiederum die ältere Rechtsordnung äußerst merkwürdig ist, weil sie dem maaßgebenden Principe in § 86 unter III 2 widerstreitet; vgl. auch A. 1386. 1737.

wendbarkeit der a. de dolo (§ 132), in letzterer Beziehung dagegen die bon. fid. a. durch die a. quod met. c. fast gänzlich außer Anwendung gesetzt wird; so begegnen wir wieder einer reicheren doctrinellen Behandlung der bon fid. a. als a. de reticentia: theils wird die Pflicht zur pronuntiatio vitiorum noch auf andere bon. fid. contractus übertragen, welche die Veräußerung eines Objectes oder die entgeltliche Uebertragung von Nutzungsbefugnissen an solchem vermitteln, so namentlich auf pigneris datio, wie permutatio (A. 1038 fg.), theils wird die Verschiedenheit bezüglich des Maaßes der Verhaftung je bei doloser oder culposer Unterlassung der pronuntiatio schärfer durchgebildet (§ 87 unter III), theils greift endlich die Lehrmeinung gewisser Juristen ein, welche den Fall, wo substantia des Objectes oder sexus des Sclaven in Frage steht, dem Gesichtspunkte der reticentia ganz entziehen und der Rechtsordnung des error überweisen will (A. 1558). Zugleich wird daneben nicht allein die Verbindlichkeit zur stipulatio duplae vel simplae wegen der zugesagten Fehlerfreiheit beibehalten, sondern auch das bezügliche pactum adiectum mit Klagbarkeit bekleidet (bei A. 1542).

Endlich die Haftung für Eviction erfuhr eine tief eingreifende Umgestaltung, in Folge deren die diesfallsige Verbindlichkeit durchaus parallel der Haftung wegen vitia sich regelt: einerseits ward neben die von der vorigen Periode dem venditor auferlegte stipulatio duplae vel simplae das entsprechende pactum adiectum, wie obbemerkt, als klagbar gestellt, und andrerseits wird auch wiederum dem Verkäufer, dafern nicht etwa der Abkäufer um das alienum esse des Kaufobjectes weiß, ipso iure die Haftung für Eviction auferlegt,[1549]) ein Rechtssatz, in welchem die Theorie auf die alte Ordnung des rigor und der XII Tafeln zurückgreift: denn die a. emti tritt hier in Parallele mit der a. auctoritatis (A. 1197). Und zwar geht dieser Rechtssatz, welcher noch dem Nerat., Cass., wie Cels. nach Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 8. 9. 14. fr. 13. § 17) unbekannt ist, von Julian aus und gewinnt nun die besondere Bestimmung, daß die bezügliche a. emti zwar

1549) Vgl. Sell in Sell's Jahrb. I, 197 fg. II, 18 fg., sowie insbesondere Ulp. 70 ad Ed. (D. XIX, 1, 35).

auf id quod interest sich richtet,[1550]) dieses selbst aber in seinem Maximum auf das Duplum des quanti res est beschränkt ist.[1551]) Und von hier aus ward solche Haftung des Veräußers weiterhin auf alle entgeltlichen bonae fidei Veräußerungsverträge extendirt,[1552]) so namentlich auf die Innominatcontracte,[1553]) wie die Theilung der communio incidens.[1553]) Endlich geht Hand in Hand hiermit, daß auch dem emtor die Haftung für das meum esse am Kaufpreise auferlegt wird (Beil. XXI A. 100).

Ueberdem entlehnt dann die gegenwärtige Periode dem Edicte De eo quo certo loco die Function der bon. fid. a. als Schädenklage wegen Verweigerung der Solution am legalen Leistungsorte (§ 86 unter II), während endlich Diocletian, geleitet von der verfehlten Tendenz, den Marktpreis der Waaren dauernd zu fixiren und gegen Veränderungen, wie Schwankungen zu sichern, ebenso die Maximalpreise dem Verkehre zu dictiren unternimmt,[1554]) wie auch dem Preisminimum eine relative Grenze setzt durch die

---

1450) Jul. 10 ad Min. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 14), 15. 57 Dig. (D. XXI, 2, 8. 39. § 3) und bei Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 1, 45. pr.); Afr. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 44); Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 1, 66. pr.), 9 ad Sab. (D. XXI, 2, 16. pr.); Pap. 3 Resp. (fr. Vat. 17); Ulp. 29 ad Sab. (D. XXI, 2, 19. pr.), 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 2. 17); Paul. 5 ad Sab. (D. XXI, 2, 18), 5 Quaest. (D. cit. 70. XIX, 1, 43. 45. pr.), Sent. rec. II, 17, 2. Alex. im C. Just. VIII, 45, 6. Diocl. das. c. 23. 25. 27. IV, 52, 5. VII, 45, 8. Dafern über Eviction zwar cavirt ist, allein ohne Angabe des Procentsatzes, so giebt schon Jav. 2 ex Plaut. (D. XXI, 2, 60) a. ex stipulatu auf simplum und auf id quod interest. Dann auch bei dos aestimata: Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 16); Sev. und Car. im C. Just. V, 12, 1.

1551) Vgl. A. 829.

1552) Vgl. Schilling, Inst. § 297, Zus. 2. So auch bei datio in solutum a. emti utilis: Ulp. 30 ad Ed. (D. XIII, 7, 24. pr.), Car. im C. Just. VIII, 45, 4. Dagegen ward solche Haftung ausdrücklich in Abrede gestellt für die donatio von Paul. sent. rec. V, 11, 5: vgl. A. 1199; bei Sev. und Car. im C. Just. VIII, 45, 2 fehlt dagegen das dem pactum adjectum Klagbarkeit verschaffende bon. fid. negotium.

1553) Jul. bei Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 2), Paul. 32 ad Ed. (D. XIX, 4, 1. § 1), Diocl. im C. Just. II, 4, 34. III, 38, 7. VIII, 45, 29. Bezüglich der divisio communionis incidentis ist bei Pap. 28 Quaest. (D. XXI, 2, 66. § 3) a. fam. erc. zu verstehen, von Diocl. im C. Just. III, 36, 14 aber a. praescr. verb. gegeben. Wegen der strict. iur. negotia s. A. 1667.

1554) In dem edictum de pretiis rerum venalium v. 301 im C. J. L. III², 801.

Verordnung, daß bei Verkauf unter der Hälfte des Preises die a. venditi als Schädenklage Platz greife.[1555])

Sodann wiederum die Function der bon. fid. a. als Bereicherungsklage betreffend, in welcher dieselbe bereits von früher her als Klage auf Restitution ebenso der Impensen, wie des durch die res debita gemachten Zwischengewinnes überliefert war (§ 113), so ward in der ersteren Beziehung die vorgefundene Lehre, wie Rechtsordnung unverändert belassen, da die Einfachheit des bezüglichen Thatbestandes der doctrinellen Operation überhaupt keinen Spielraum bot, die vereinzelt hervortretende Tendenz aber, jene Rechtsordnung auch auf die impensae utiles zu extendiren, ohne durchgreifenden Erfolg blieb (A. 1049). Vielmehr verkümmerte im Gegentheile solche Function bei den in bon. fid. actiones umgewandelten arbitria legitima, da bei diesen die als Impensenklage fungirende a. contraria, abgesehen von den iudicia divisoria, von Vorn herein gänzlich fehlte (A. 1268) und mit Ausnahme der tutelae, wo das Edict eingriff (A. 1392), auch nicht nachgeschaffen wurde, wogegen allerdings für die neu geschaffenen originären bon. fid. actiones regelmäßig auch entsprechende actiones contrariae gebildet, für die a. praescr. verb. aber, wo solches nicht der Fall war, deren Verwendung als a. contraria nachgelassen wurde.[1556]) Wohl aber hat in Bezug auf den Zwischengewinn die Rechtswissenschaft der gegenwärtigen Periode höchst bedeutungsvoll eingegriffen, indem sie die so tiefsinnig angelegte Theorie des vorigen Zeitraumes in sicheren und kräftigen Zügen durchführte, indem sie sodann den neuen Lehrbegriff der causa rei oder omnis causa gleich als das doctrinelle Centrum jener Ordnung schuf (A. 1743), indem sie endlich das Verhältniß des periculum apud aliquem esse ebenso mit Rücksicht auf die Leistung an sich, wie auch mit Rücksicht auf die Gegenleistung bei wesentlich zweiseitigen Obligationen einer ebenso vielseitigen, wie eingehenden Untersuchung unterwarf (§ 89). Und neben diese doppelte Verwendung der bon. fid. a. stellte endlich die gegenwärtige Periode noch deren Function als cond. ob caus., wofür das älteste Zeugniß sich bietet

---

1555) § 87 unter V. Nicht gilt Analoges bezüglich anderer Contracte: Hermog. 2 Jur. ep. (D. XIX, 2, 23).

1556) Vgl. Schilling, Inst. § 325 e.

in Lab. bei Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 6, 17. § 5), die aber wiederum der Theorie keine Veranlassung zu besonderer systematischer Erörterung bot, da hierfür die cond. ob caus. selbst und deren dogmatische Untersuchungen ganz unmittelbar, wie alleinig maaßgebend waren.

Endlich die Function der bon. fid. a., als Organ für Wahrung der beiderseitigen Parthei-Interessen zu dienen, manifestirte sich bereits in dem vorhergehenden Zeitraume in der dreifachen Richtung, daß gegenüber dem in der bon. fid. a. geltend gemachten Anspruche diejenige gegnerische Einrede ipso iure zu defensiver Wirksamkeit gelangt, welche aus einem collidirenden, selbst auf die aequitas gestützten Gegenanspruche sich ergiebt, sei dies wechselseitige Hauptforderung, sei es Gegenforderung, sei es collidirendes gegnerisches Interesse schlechthin (§ 113). In Bezug auf das erste dieser drei Verhältnisse stellt nun die gegenwärtige Periode die Anforderung auf, daß bei wesentlich zweiseitigem Contracte der Kläger, dafern dieser selbst die ihm obliegende Hauptleistung noch nicht erfüllt hat, mit der Klage das Erbieten zu solcher Erfüllung zu verbinden habe, die Unterlassung solchen Erbietens somit dem Beklagten Einrede mit defensio ipso iure gewährt (A. 1092 fg.)

Sodann in Bezug auf den zweiten Punkt ward eine weitgreifende Veränderung in der überlieferten Ordnung herbeigeführt in Folge der jetzt eintretenden, ganz exorbitanten Erweiterung und Verallgemeinerung der exc. doli mali überhaupt, welche überdem gegenüber der bon. fid. a. insbesondere noch eine intensive Potenzirung gewann auf Grund des Gedankens, es könne jede specielle exceptio der bon. fid. a. nicht allein als solches individuelle Rechtsmittel und somit in der gleichen Modalität, wie der condictio entgegengestellt werden, so z. B. als exc. leg. Cinciae, sondern es könne dieselbe jener ersteren Klage gegenüber auch in der Weise zur Geltung gebracht werden, daß dabei der Moment als maaßgebend in das Auge gefaßt und processualisch verwerthet wird, wie ja doch der Kläger durch vorsätzliche Nichtbeachtung solcher Exception und des entsprechenden Rechtsanspruches des Beklagten seinerseits durch Erhebung der bon. fid. a. die bona fides verletze und somit eines dolus malus in jenem weiteren Sinne der aequitas sich schuldig mache, demgemäß aber der so durch die Klagerhebung begangene dolus malus des Klägers die exc. doli mali

für den Beklagten begründe (A. 1613). Und da nun diese Einrede des dolus malus in der bon. fid. a. zur defensio ipso iure sich gestaltet (A. 1088 fg.), so gelangen auf Grund jener Prämisse zugleich alle jene manichfaltigen Einreden, die so von der exc. doli mali in sich aufgenommen und umfaßt werden, durch deren Mittel zur Gleichstellung mit jenen bereits von Alters her zur defensio ipso iure verwiesenen, auf dem hier maaßgebenden Principe der aequitas beruhenden Gegenansprüchen, d. h. es werden dieselben in dem Gewande der exc. doli selbst der defensio ipso iure theilhaft, dafern nur mit ihnen in der angegebenen Modalität ein dolus malus des Klägers in dem obigen weiteren Sinne sich verbindet (§ 132).

Und endlich wiederum in Bezug auf den dritten Punkt vollzieht sich darin eine Neubildung, daß dem wesentlichen, tolerabelen, schädigenden Irrthume in der Willensbestimmung von Seiten der Rechtswissenschaft die Bedeutung einer darin belegenen, nach der aequitas relevanten Interessen-Verletzung für den Irrenden beigemessen und auf Grund dessen nun dem Letzteren gestattet wird, innerhalb der bon. fid. a. solchen error gegenüber dem denselben mißachtenden Anspruche des Gegners mit dem Effecte eines nach Maaßgabe der bona fides collidirenden Interesses durch Einrede ipso iure zur Geltung zu bringen (A. 1098). Und zwar während in zeitlicher Beziehung die vorhergehende Periode solcher Relevanz-Erklärung des error noch gänzlich fern steht, indem weder Cicero (§ 37 A. 1377), noch das Edict Pacta conventa (§ 116) der Benutzung vom error des Mitinteressenten als verpönt gedenken, so tritt nun solche Theorie in der Zeit der Schulen hervor, wo Lab., Javol. und Cels.[1557]) als die frühesten Juristen in solcher Beziehung genannt werden (vgl. § 59), und erfährt von da ab schrittweise ihre doctrinelle Durchbildung [1558]), eine Thatsache, womit

---

1557) Lab. bei Paul. de Jur. et fact. ign. (D. XXII, 6, 9. § 2) und bei Ulp. 33 ad Sab. (D. XXIV, 1, 32. § 27), 71. 76 ad Ed. (D. XXXIX, 5, 18. § 3. XLIV, 4, 4. § 5); Jav. bei Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 4); Cels. 5 Dig. (D. XII, 1, 32) und bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 4, 3. § 8), woselbst auch Cass. und Sab. genannt sind. Vgl. A. 657 b.

1558) Während Marcell. 6 Dig. bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 9. § 2) dem error in substantia die Relevanz als error abspricht, solchen nur dem error in re zuerkennend, so daß der erstere nur vom Gesichtspunkte der

wiederum im Zusammenhange steht, daß Verhältnisse, die an und für sich dem Gesichtspunkte eines Irrthumes in der Willensbestimmung am Angemessensten sich unterordnen, nicht diesem, als vielmehr der Sphäre der bereits durchgebildeten cond. ob caus. von der Theorie überwiesen werden, wie solches mit den Vorkommnissen beschieht, daß Jemand ein wirkliches Debitum mit einem juristisch nicht adäquaten, vielmehr wesentlich verschiedenen Objecte irrig bezahlt; daß sodann Jemand einen Anderen irrthümlich für seinen Gläubiger hält und an diesen ein wirkliches Debitum bezahlt; daß ferner Jemand den Anderen irrig für den procurator seines wahren oder vermeintlichen Gläubigers hält und an Jenen Namens des Letzteren zahlt; daß endlich Jemand irrthümlich sich für den Schuldner eines wirklichen Gläubigers hält und so als falsus debitor zahlt.[1559] Im Uebrigen aber prägt in jener Rechtsordnung bezüglich des error eine durchaus eigenthümliche Singularität sich aus: denn während alle übrigen juristischen Vorgänge, auf welche eine Einrede des mit dem gegnerischen Anspruche collidirenden, nach Maaßgabe der aequitas relevanten Interesses sich stützen und so die Rescissibilität oder Nullität solchen Anspruches sich begründen läßt, zugleich als Grundlage ebensowohl einer Klage, als auch eines Gegenanspruches auf Schadenersatz oder auf Restitution einer Bereicherung sich qualificiren, so daß darauf je nach Lage der Dinge auch wiederum ebenso ein Klaganspruch, wie die Minderung eines gegnerischen Klaganspruches sich stützen läßt; so ist dem error allein solche juristische Bedeutung und praktische Verwerthung versagt: derselbe begründet weder eine a. de errore oder die bon. fid. a. in Function einer solchen,[1560]) noch einen Compensationsanspruch, indem vielmehr demselben einzig und allein jener obige Effect zukommt, auf Grund des Momentes der darin belegenen relevanten Interessen-Verletzung des

---

reticentia aus, somit gleichwie ein error in qualitate Relevanz gewinnt, so wird von Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XVIII, 1, 41. § 1) und Ulp. l. c. (D. cit. und fr. 14) derselbe als relevant anerkannt; vgl. Voigt, im Archiv f. civ. Prax. LIV, 217 fg.

1559) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 582. § 75 unter C. B. A.

1560) Vielmehr kann auf Grund des error nur rei vindicatio oder cond. indeb. oder bon. fid. a. in Function der letzteren begründet sein, so z. B. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 5).

Irrenden die Nullität des gegnerischen Anspruches zu ergeben; oder mit Einem Worte: nicht die Benutzung an sich des gegnerischen error, als vielmehr lediglich die Geltendmachung solcher Ausnutzung durch Klage involvirt eine Verletzung der bona fides und consummirt den Thatbestand einer wesentlichen Verschuldung des Schädigers, demgemäß die den error betreffende Rechtsordnung als lex imperfecta, nicht aber als lex perfecta sich qualificirt. Und wenn daher hierin die theoretische Stellung des error auf das Schroffste contrastirt namentlich mit der von dolus malus und vis, so erklärt sich nun solche verschiedene Behandlung vornämlich aus der durchaus verschiedenen Beschaffenheit der in jenen Vorkommnissen enthaltenen Verletzungen des Geschädigten: denn bei dolus malus und vis ist es der Bereicherte, von dem die initiative und jene Schädigung unmittelbar herbeiführende Thätigkeit ausgeht: derselbe ruft planmäßig und böswillig solche Störung in's Dasein und dies mittelst seiner durchaus entscheidenden Action; dagegen bei Benutzung des anderseitigen error führt der Gegner solche Schädigung nicht herbei, sondern findet sie bereits vor, und verhält sich somit nicht in entscheidender Activität, sondern benutzt einfach die Verhältnisse, lediglich das entgegenehmend, was der error des Mitinteressenten freiwillig ihm bietet und entgegenbringt. Gerade dieser Unterschied aber im Thatbestande von dolus malus und vis und von error ist ebenso vom praktischen, wie vom moralischen Gesichtspunkte[1561]) aus so gewichtvoll, daß daraus jene verschiedene juristische Stellung Beider ganz wohl sich rechtfertigt.

Je mehr indeß auf solche manichfache Weise, wie dargelegt, die auf die aequitas sich stützenden Einreden sich vermehrten und insbesondere die exc. doli mali sich verallgemeinerte, um so mehr wurde es unsicher, ob der Richter solcher ipso iure geltend gemachten Einrede auch Beachtung schenken werde: denn es lag diesfalls durchaus in dem Ermessen des Richters, ob er den vom Beklagten vorgeschützten Defensionalmomenten Beachtung und Anerkennung schenken und die Bedeutung beimessen wolle, denselben von einer Verpflichtung zu entbinden, die abgesehen von

1561) Denn so werden dolus malus und vis und die Benützung des error nach ganz verschiedenem Maaße bemessen bei Cic. de Off. III, 23, 91 fg. Im Uebrigen vgl. S. 168 fg.

dem urgirten klägerischen Verhalten dem Beklagten oblag. Und indem das hierin belegene Risico vermieden wurde, sobald es dem Beklagten gelang, den ius dicens zur Ertheilung der Vorschrift an den Richter zu bestimmen, daß dieser das betreffende Defensionalmoment zu beachten habe, so griff man nun zu dem Auswege, die betreffende Einrede als exceptio bereits in iure vorzuschützen und so dieselbe sei es als exc. doli mali im Allgemeinen (§ 132), sei es als specielle exc., so z. B. quod met. c. in die formula der bon. fid. a. mit aufnehmen zu lassen, ein Verfahren, wodurch somit die auf ein Postulat der aequitas gestützte exc. Eingang auch in die formula der bon. fid. a. fand.[1562])

§ 129.

Fortsetzung.

Die bonae fidei actio als Centralorgan der aequitas.

Neben der Tendenz, die bon. fid. a. in der in § 128 dargelegten Vielseitigkeit im Dienste der damni ratio zu verwenden, gelangte in der gegenwärtigen Periode auch der Gedanke zur Geltung, daß die bon. fid. a. berufen sei, in allseitiger und erschöpfender Maaße die Postulate der aequitas im großen Ganzen in sich aufzunehmen und zu verwirklichen. Und zwar ist dieser Gedanke die einfache logische Consequenz von Prämissen, welche gegeben sind theils unmittelbar in der bon. fid. a. selbst und deren reflexiver Sphäre, theils aber auch in dem Lehrbegriffe des dolus malus. Denn indem man einerseits der aequitas bereits in der vorigen Periode die Vertretung der voluntatis ratio überwies und im gegenwärtigen Zeitraume auch die sanguinis und arbitrii ratio doctrinell

1562) Vgl. Keller, Civ. Pr. A. 382: „oft mochte man anstehen, ob exceptio nöthig oder ob Sinn und Verständniß der actio pura ausreichen werde“: Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 5, 17): aequum est sucurri reo aut exceptione aut iusta interpretatione, sowie die weiteren Citate bei Keller, vor Allem aber Paul. de Conc. act. (D. XLIV, 7, 34. § 1): altera actio alteram perimit aut ipso iure aut per exceptionem, quod tutius est, wozu vgl. Birkmeyer, Exceptionen 248 fg. Diesem Gesichtspunkte unterfällt auch die exc. mercis non traditae und doli mali in A. 1093, welche zur defensio ipso iure in einer alternativen Concurrenz steht, somit die letztere in thesi keineswegs ausschließt.

unterstellte (§ 140), dabei aber auch wiederum die bona fides in ihrer alten Stellung als subjectives Correlat der aequitas beließ und damit nun dieselbe in Bezüglichkeit zu allen jenen von der letzteren vertretenen Principien setzte (Beil. VII § 7); indem man sodann andrerseits den dolus malus als die Negation der aequitas in ihrer Totalität auffaßte und dem entsprechend der doli mali exc. die defensive Geltendmachung der aequitas in solchem weiten Umfange überwies, zugleich aber auch wiederum solchen dolus malus mit der Verletzung der bona fides identificirte (§ 132); so gelangte man hierdurch allenthalben zu jener Consequenz, daß die bon. fid. a. Centralorgan aller jener Principien der aequitas sei, insbesondere aber ebenso diese Klage an sich zu einer aggressiven Durchführung jener Principien berufen sei, als auch derselben gegenüber jener dolus malus in aller und jeder Kundgebung Seitens des Klägers ein Defensionalmoment für den Beklagten ergebe. Denn was insbesondere diesen letzteren Punkt anbetrifft, so prägt sich, wie in § 90 dargelegt, in der bon. fid. a. der Gesichtspunkt aus, daß jeder Anspruch ebenso nach Recht, wie nach Pflicht auf die bona fides gestellt ist, in der Weise, daß jeder der beiden Interessenten, indem er ein Recht geltend macht, damit auch keine durch die bona fides gebotene Pflicht verletzen darf, somit also der Rechtsanspruch ebenso nach der bona fides des Verpflichteten begründet sein, wie auch in seiner Geltendmachung nicht der bona fides des Berechtigten widerstreiten darf, und daher insofern das das aequum et bonum in der That zugleich ein par oder aequabile ius ist.[1563])

Jene theoretische Consequenz aber konnte in Wahrheit ohne inneren Widerspruch ihre praktische Verwirklichung in der Richtung der Defensive erfahren: denn indem hier dem klagbar gemachten Rechte ein anderes und zweites Recht entgegentritt, welches, das erstere in seiner Wesenheit unberührt lassend, seinen selbsteigenen Gesetzen folgt, so wird die Natur der bon. fid. a. selbst dadurch nicht unmittelbar berührt, daß derselben eine Einrede sich gegenüberstellt, welche aus den obigen Principien und deren

---

1563) Vgl. Beil. I und A. 1330; insbesondere auch Diocl. im C. Just. III, 38, 3: in bon. fid. iudiciis et quod inaequabiliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.

practischer Geltung sich herleitet. Und so nun ist nach dieser Richtung hin jene Consequenz in der That im römischen Rechte auch verwirklicht worden: die bon. fid. a., dafern der dadurch verfolgte klägerische Anspruch in Conflict mit einem der drei Realprincipien der aequitas tritt: mit der damni oder voluntatis oder sanguinis ratio, wird elidirt durch die defensive Geltendmachung solcher Collision Seitens des Beklagten. Allein indem solche Einrede civilrechtlich dem Gesichtspunkte der exc. doli mali sich unterordnet, so unterfällt die Darlegung dieser Ordnung im Einzelnen am Angemessensten der Darstellung von § 132.

Was dagegen die Aggressive betrifft, so liegt in der obigen Consequenz die Position, daß die bon. fid. a. berufen sei, wie die damni ratio, so auch die voluntatis und sanguinis ratio in deren Untersätzen zu selbsteigener klagweiser Geltendmachung zu vermitteln. Diese Position aber enthält nun in der That einen inneren Widerspruch, der durch die historische Ausprägung dieser Principien selbst gegeben ist. Denn indem die bon. fid. a., als eines der berufsmäßigen Organe der damni ratio, in dem bon. fid. negotium ihr principielles Centrum findet, in dessen Structur nämlich, auf fides bona: auf Abweisung der ungerechtfertigten Schädigung, wie der ungerechtfertigten Bereicherung fundirt zu sein, so steht hierbei dieselbe in Wahrheit in keiner organischen Beziehung zur voluntatis und sanguinis ratio. Denn die letztere findet gar nicht in der Beschaffenheit eines negotium, als vielmehr in gewissen wechselseitigen persönlichen Beziehungen der Interessenten zu einander ihr principielles Centrum (§ 149), so daß diese Centren auf Seiten der damni und der sanguinis ratio völlig heterogen sind. Und sodann die voluntatis ratio hat in dem nudae voluntatis negotium ihr principielles Centrum (§ 15), welches selbst wieder mit dem bon. fid. negotium keineswegs sich deckt, da ebensowohl solenne Geschäfte, wie die fiducia, bon. fid. negotia waren oder auch ohne dies eine bon. fid. a. erzeugten, wie die dotis mancipatio, als auch wiederum unsolenne Geschäfte, wie die mutui datio, stricti iur. negotia waren und condictio erzeugten. Daher vertritt die bon. fid. a. an und für sich die voluntatis ratio nicht kraft eigener Macht und Berufung, als vielmehr nur in Folge des zufälligen Zusammentreffens beider Principien in ein und derselben Rechtsfigur: in Folge des Umstandes, daß das be-

treffende bon. fid. negotium zugleich ein nudae voluntatis actus war. Und lediglich unter dieser beschränkten Voraussetzung gewinnen denn auch Wahrheit, wie Geltung die Sätze, daß für die bon. fid. a. die unsolenne Willensäußerung zur Perfection des klagerzeugenden Rechtsgeschäftes genüge,[1564]) und daß der Consens das rechtsverbindliche Element für solches Geschäft ergebe.[1565]) Denn das solenne bon. fid. negotium wird zwar gleichmäßig, nicht aber in tiefergreifender Maaße, als das solenne stricti iur. negotium, betroffen von den historischen Wandelungen, denen die verbi ratio in dem gegenwärtigen Zeitraume unterlag (§ 55. 57).

Dennoch aber ist in der That die obige Consequenz auch in der aggressiven Function der bon. fid. a. in vereinzelten Punkten zu historischer Ausprägung gelangt. Und zwar ist dies der Fall auf Seiten der voluntatis ratio bezüglich des pactum adiectum, dessen Klagbarkeit, an und für sich auf den Gegensatz des nudae voluntatis und solennis actus angewiesen, doch in der historischen Entwickelung sich abhebt von diesem Gegensatze, vielmehr, an sich inconsequenter Weise, an den Gegensatz des bon. fid. und stricti iur. contractus angeknüpft wird in der Weise, daß jenes pactum nur dann, wenn es mit dem ersteren, nicht aber, wenn es mit dem letzteren contractus sich verbindet, Klagbarkeit gewinnt,[1566]) somit

---

1564) So Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 1): inprimis sciendum est in hoc iudicio (sc. ex emto) id demum deduci, quod praestari convenit; quum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est, wozu vgl. S. 94. Dann wiederum Scaev. 2 Resp. (D. XIX, 1, 48) und Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 4. § 1): s. S. 94; sowie Pap. 2 Quaest. (D. XXII, 1, 1. pr.) und Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 31. § 20), 10 ad Ed. (D. cit. 37): s. S. 95. Endlich Paul. 9 ad Ed. (D. III, 5, 7): tantundem in bon. fid. iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.

1565) So Boëth. in Top. p. 378: in his (sc. bon. fid. iudiciis) —, qui fuerit animus contrahentium quaeri solet; Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 17, 116. pr.): consensus —, qui et bonae fidei iudicia sustinet; 7 Disp. (D. XVII, 1, 29. § 4): de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare.

1566) Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 5): solemus dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis; vgl. Jav. 5 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 79); Pap. 10 Quaest. (D. cit. 72. pr.), Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 6. 7), 42

aber, dafern dem unsolennen stricti iur. contractus, so der mutui datio beigefügt, klaglos verbleibt.[1567]). Und nicht minder ist auf diese Weise auch zu erklären die processualische Besonderheit der bon. fid. a., welche berichtet

Paul. sent. rec. II, 17, 14: in eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo (i. e. quo alio) modo voluntas de fide contractus possit ostendi,

und welche darauf zurückgeht, daß bei dem bon. fid. contractus nicht das scriptum, sondern das actum maaßgebend ist.[1568])

Und sodann wiederum auf Seiten der sanguinis ratio prägt die obige Consequenz sich aus in dem Satze, daß die Blutsverwandt-

---

ad Sab. (D. II, 14, 50); Herm. 2 Jur. ep. (D. XVIII, 1, 75); Diocl. im C. Just. II, 3, 13. Vgl. A. 1368, sowie Pap. 1 Resp. (Huschke, Jurispr. Antei. 351): inter virum et uxorem pacta non solum verbis, sed et voluntate contrahentium constituuntur, ut neuter coniugum locupletior fiat, wo somit ein Rechtssatz der voluntatis ratio geradezu auf die damni ratio gestützt wird.

1567) Proc. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 11. §) 1; insbesondere bezüglich des pactum de usuris: Afr. 8 Quaest. (D. XIX, 5, 24); Marcell. 5 Dig. (D. XV, 3, 10. § 5); Paul. sent. rec. II, 14, 1; Sev. und Car. im C. Just. IV, 32, 3. Car. das. c. 7. vgl. Anton. Pius das. c. 1. Car. das. II, 3, 28. sowie A. 1420. Savigny, Syst. VI, 130 l. — Savigny selbst begründet diesen Satz dadurch, es sei eine Klage auf Zinsen um deßwillen unmöglich gewesen, weil die einzig mögliche Klage die certi cond. war; allein theils ergaben doch die Zinsen, bis zur Lit. Cont. berechnet, in der That ein certum (§ 137), theils hinderte ja Nichts der certi cond. die incerti zu substituiren, theils wurde ja doch singulärer Weise bei Darlehen von Stadtgemeinden, wie bei foenus nauticum (welches nicht in Stipulation sich kleidet) Klage aus dem pactum adiectum de usuris gegeben: Paul. Reg. (D. XXII, 1, 30), sowie Scaev. 6 Resp. (D. XXII, 2, 5. § 1), Paul. 3 ad Sab. (D. cit. 7). — Jene Fundamentalordnung selbst aber ward wiederum aufgegeben nicht nur in den letztbezeichneten Fällen, sondern auch bei Darlehen von Getreide: Alex. im C. Just. IV, 32, 12. vgl. Diocl. das. c. 23., Modificationen, welche auf die voluntatis ratio zurückgreifen und auch bei der Stipulation wiederkehren: A. 523; so namentlich Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40): pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur; vgl. Savigny, a. O. 127. Schilling, Inst. § 331 Zus. 1. Keller, Inst. 120 fg. Vgl. auch A. 1420.

1568) Wegen der entgegengesetzten Vorschrift hinsichtlich der Beweismittel für die a. fin reg. vgl. Voigt, in Ber. d. sächs. Gesch. d. Wiss. phil. hist. Cl. 1873. S. 82.

schaft genüge, um für die bon. fid. a. das zur Obligation erforderliche Interesse zu begründen:[1569])

Pap. 27 Quaest. (D. XVII, 1, 54. pr.): placuit prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam; 10 Quaest. (D. XVIII, 7, 7): etiam affectionis ratione recte agetur (sc. venditi);

insbesondere aber die Vernachlässigung der auf der sanguinis ratio beruhenden Moralpflichten des Pupillen Seitens des Vormundes die a. tutelae wieder denselben begründe:

Jul. bei Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 2): nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit; nam quum bonae fidei iudicium sit (sc. tutelae), nemo feret aut pupillum aut substitum eius quaerentes, quod tam coniunctae personae alitae sint. Quin imo posse eum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.

Daher manifestirt sich in diesen Ordnungen allerdings die Tendenz, die Einzel-Consequenzen der voluntatis, wie sanguinis ratio practisch mit der bon. fid. a. zu verknüpfen und damit die letztere, ähnlich der doli mali exc. zu einem Centralorgane der aequitas zu erheben. Allein in Wahrheit sind solches doch nur isolirt gebliebene Ansätze, da an dem historisch gegebenen inneren Widerspruche jeder Versuch einer allseitigen Durchführung jener Verbindung scheitern mußte. Und in Folge dessen ist daher die historische Entwickelung und practische Gestaltung der bezüglichen Verhältnisse in der That niemals den aus den obigen theoretischen Prämissen sich ergebenden Consequenzen vollständig accomodirt worden.

§ 130.

Die formula petitoria.

Die formula petitoria tritt, obwohl erst noch in beschränkter Verwendung, bereits zu Ausgang der vorigen Periode auf: zwar

1569) Vgl. A. 817. 1747, sowie Cohnfeldt, Interesse § 9.

nicht, wie mit Sicherheit aus Cic. in Verr. II, I, 45, 115. 116 zu entnehmen ist, für her. petitio, wohl aber für specialis in rem actio und zwar nach Cic. l. c. II, 12, 31 (v. J. 684), Trebat. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 33), Alf. 6 Dig. (D. VI, 1, 57), 3 Dig. epit. (D. VI, 1, 58) für rei vindicatio, sowie nach Alfen. 2 Dig. (D. VIII, 5, 17. pr. § 1) und bei Ulp. 17 ad Ed. (D. VIII, 5, 8. § 5), wozu vgl. Cic. Orat. 21, 72 für confessoria und negatoria, und so nun zweifelsohne auch für Publiciana in rem, wie rescissoria und für Pauliana in rem.[1570])

In der gegenwärtigen Periode nun vollzieht sich einestheils die Verallgemeinerung in Verwendung der formula petitoria auf die her. pet., wie auf die neugeschaffenen speciales in rem actiones, so aus Emphyteuse und Superficies, während anderntheils zugleich die theoretische Aus- und Durchbildung jener Klage nach Maaßgabe der hier fraglichen Principien der aequitas erfolgt, und dies ebenso in ihrer dinglichen, als in der ihr inliegenden persönlichen Beziehung (§ 85). Und zwar sind es drei verschiedene Organe der Rechtsbildung, welche bei solchem Processe in ganz verschiedener Weise betheiligt sind: der Prätor, indem er die formula petit. als honorarisches Klaggebilde sammt stipulatio iudicatum solvi geschaffen, fundirt damit dieselbe in ausgiebigem Maaße auf das Princip der arbiträren richterlichen Cognition; die kaiserliche Legislation sodann, indem sie vornämlich für die her. pet. neue Ordnungen aufstellt, erhebt hierbei ausgesprochener Maaßen das Princip der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung zu weitgreifender Herrschaft; endlich die Rechtswissenschaft, indem sie ebenso die formula petit. im Allgemeinen in dem Detail ihrer Weseneigenthümlichkeiten ausarbeitet, wie im Besonderen auch für die her. pet. wiederum gewisse individuelle Rechtssätze schafft, verwirklicht in ihren doctrinellen Sätzen durchgehends ebenfalls dieses letztere Princip.

Was im Besonderen nun die prätorische Partie jenes Klaggebildes anbetrifft, so trägt zunächst die Formel an sich ein vierfaches characteristisches Merkmal in sich: theils nämlich darin, eine unmittelbare d. h. nicht durch Prozeßsponsion vermittelte Formel zu sein, theils sodann in der intentio in ius conc.: Si

1570) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. 781. 786 fg.

parret rem, qua de agitur, ex iure Quir. Auli Ag. esse", welche, der Vindication der leg. a. nachgebildet, als ganz neue Conception in den römischen Formularproceß eintritt; dann ferner in der Restitutionsclausel, welche, von der a. redhibitoria ihren Ausgang nehmend, bereits in der vorigen Periode noch manichfache andere Verwendung erfuhr; endlich in der condemnatio auf: Quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato", welche, von der cond. triticaria ausgehend, auf die Mehrzahl der actiones arbitrariae überging.[1570a])

Zuvörderst nun jene beiden ersten Momente, indem sie den Effect haben, den präjudizialen Gehalt des gesammten Prozesses zu beseitigen, gewinnen damit nicht allein eine formale, sondern auch eine tiefgreifende reale Bedeutung. Denn während die präjudiziale Entscheidung der leg. a. sacr., wie des in rem agere per spons. lediglich die juristische Zuständigkeit an und für sich allein des streitigen Rechtes betraf, dagegen von aller weiteren Cognition über die aus der beschehenen Rechtsverletzung sich ergebenden pecuniären Consequenzen abgeschnitten war, so eröffnete dort das meritorische Urtheil dem Richter die Möglichkeit, neben jener Hauptfrage ebenso auch diese financiellen Nebenfragen, wie aber auch die concreten Verhältnisse des Streitsfalles seiner Cognition und Entscheidung zu unterstellen, und so namentlich auch interimistischen Hindernissen der Restitution Rechnung zu tragen. Und dies Alles verwirklicht sich nun bereits in der pronuntiatio de restituendo.[1571])

Sodann die Restitutionsclausel und die condemnatio begründen ein entsprechendes zwiefaches Richterurtheil: die pronuntiatio de restituendo, welche zur directen Entscheidung über die Zuständigkeit des dinglichen Rechtes sich gestaltet und zwar in der Form eines Befehles auf Restitution des Klagobjectes oder aber der Entbindung von solcher, und die iudicatio, welche im Falle

---

1570a) Fälschlich sagt Mommsen, Beitr. II, 50, daß die a. arbitria in factum conc. schlechthin auf quanti ea res erit förmelte: die a. de alienat. iud. mut. c. facta (§ 71 unter B II) concipirte auf quanti interfuerit.

1571) A. 1493. So wegen omnis causa, Meliorationen und Impensen: § 83 unter C 1; vgl. z. B. Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38). Dies übersieht Keller, Civ. Pr. A. 324.

einer verurtheilenden pronuntiatio zur litis aestimatio und zur condemnatio in deren Betrag sich gestaltet, dabei aber immer noch eine absolutio des Beklagten aussprechen kann.

Während nun jene pronuntiatio parallel ist der iudicatio der leg. a., wie des agere per sponsionem, obwohl, wie bemerkt, darin von der letzteren sich unterscheidend, daß sie nicht, wie diese, präjudizial, sondern meritorisch sich hält, so ist wiederum die iudicatio der form. pet. parallel dem arbitr. lit. aestim. der leg. a. und des in rem agere per sponsionem (§ 96. 106), insofern hier wie dort eine lit. aestim. abgegeben wird, obwohl wiederum darin wesentlich sich unterscheidend, daß der arbiter litis aestimandae reiner Taxator ist, dagegen dem iudex der form. pet. zugleich eine condemnatio oder aber absolutio des Beklagten zufällt, wodurch wiederum dem Richter die Möglichkeit geboten ist, ebenso dem Gegensatze von Zufall und Verschuldung bezüglich der Nichtrestitution Relevanz beizumessen, wie weiterhin auch der besonderen Gestaltung der Verschuldung je als Dolus oder Culpa einen Einfluß einzuräumen, ein Moment, worauf derselbe namentlich durch die Rechtsordnung des iusiur. in litem hingewiesen war (§ 84 unter D). Im Uebrigen aber ergiebt sich aus Alle dem noch darin eine characteristische Eigenthümlichkeit der form. pet., daß diejenigen richterlichen Officien, welche bei der leg. a., wie beim in rem agere per spons. auf zwei verschiedene Processe sich vertheilen, dort zur Einheit des einigen Verfahrens in iure, wie der einigen Bestellung des iudex zusammengezogen sind und nur die Duplicität des Richterurtheiles hier, wie dort, noch festgehalten ist.[1572])

Anderntheils wiederum die stipulatio iudicatum solvi versieht als Prozeßorgan der form. pet. die gleiche Function, wie die datio praedis lit. vindic. und die stipulatio pro praede lit. vindic., im Vertragswege eine poena temere litigantis zu setzen, resp. deren Zahlung sicher zu stellen. Während es nun eine lediglich quantitative Verschiedenheit ist, daß dort das Duplum von res und fructus, hier dagegen das Simplum von res und das Duplum von fructus engagirt ist, da das Alterum Tantum der fructus in Wahrheit reine poena ist (§ 84 unter E), so wird dagegen in

1572) Diesen Moment allein hebt hervor Keller, a. O. § 28.

Folge der vorher dargelegten Momente eine sehr wesentliche Verschiedenheit zwischen jenen beiden Rechtsordnungen begründet: denn bei der leg. a. und dem agere per spons. ergiebt das erste Richterurtheil, die iudicatio, den dies veniens für die Obligation auf die poena temeritatis, bei der form. pet. dagegen das zweite Richterurtheil, somit ebenfalls die iudicatio. Und wie nun diese Verschiedenheit die temeritas selbst für beide Fälle ganz anders qualificirt (§ 78 unter 4. 6), so tritt in practischer Beziehung solche Verschiedenheit darin zu Tage, daß die poena temeritatis bei der leg. a. und dem agere in spons. unbedingt durch die Nichtrestitution verwirkt wird, bei der form. pet. dagegen trotz der Nichtrestitution noch in Wegfall gelangen kann, dort somit dieselbe verfällt, indem das zweite Richterurtheil überhaupt eintritt, hier dagegen dieselbe durch das zweite Richterurtheil noch erlassen werden kann.[1573])

Indem so daher der Prätor in allen jenen Punkten in der Richtung reformirend eingriff, eine größere Freiheit arbiträrer Cognition dem Richter einzuräumen, so blieben nun zwar die in der stipulatio iudicatum solvi ausgeprägten Neuerungen ohne weitere Entwickelung, wohl aber sind es die auf der formula an sich beruhenden Reformen, an welche die Rechtswissenschaft anknüpft, um die petitio in die Sphäre des Princips von der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung überzuleiten und damit für dieselbe eine Fülle ebenso neuer, wie wichtiger theoretischer Lehrsätze im Geiste der aequitas zu entwickeln und so zugleich jene Klage selbst in der tief- und weitgreifendsten Maaße umzugestalten: dieselbe zu einem eigenen Organe der aequitas zu erheben. Denn das meritorische Element der pronuntiatio de restituendo ward benutzt zur Geltendmachung der aequitas innerhalb der ächt dinglichen Function der petitio und zwar nach der Richtung des nemo lucrari cum damno alterius debet durch Einführung des Retentionsrechtes wegen impensae in Form der exc. doli mali[1574]) oder auch später der defensio ipso iure, sowie nach der Richtung des nemo damnum sentire per lucrum alterius

---

1573) Diesen Unterschied übersieht Keller, a. O. A. 320.

1574) Die Proponirung der exc. doli mali ist vier Jahr jünger, als die früheste Erwähnung der form. pet.

debet durch Aufstellung der Haftung des malae fidei possessor wegen der fructus ante lit. cont. consumti. Und sodann wiederum das meritorische Element der iudicatio diente als Stützpunkt für Ausführung jenes practisch so äußerst befriedigenden, theoretisch aber sehr kühnen Gedankens, der dinglichen Klage zugleich die Aufgabe einer persönlichen Klage: in deren Function als Bereicherungs-, wie Schädenklage mit zu übertragen, und so die obligatorischen Beziehungen, welche durch die Verletzung des dinglichen Rechtes zwischen den Parteien begründet zu werden pflegen, wie sie im Leben gleich als Annexum des dinglichen Rechtsverhältnisses auftreten, so auch juristisch als solches Annexum zu behandeln in der Weise, daß solches obligatorische Element als integrirender Bestandtheil des dinglichen Rechtsverhältnisses behandelt wird.

Auf die Details aber dieser Entwickelung ist in § 131 im Besonderen einzugehen.

§ 131.

Fortsetzung.

Die Ausbildung der formula petitoria durch die Rechtswissenschaft und das S. C. Iuventianum.

Indem die Rechtswissenschaft die allgemeinste Directive für Durchbildung der petitio in dem Principe der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung fand, so ist es im Besonderen ein dreifaches Motiv, welches für Aufstellung neuer Sätze bestimmend ward: theils sind es Ideen, welche in dem sich vollziehenden Ausbildungsprocesse der cond. ob caus. noch in regem Flusse: in schaffender Productivität und gestaltender Wirksamkeit begriffen waren; theils sind es Motive, welche bereits in der bon. fid. a. eine Ausprägung gewonnen hatten und resp. durch die a. redhibitoria an die Hand gegeben waren; theils endlich ist es eine der form. pet. durchaus originale Ordnung, welche in der dinglichen Verhaftung des malae fidei possessor wegen der fructus ante lit. cond. consumti und neglecti ausgeprägt ist, während wiederum die Differenzirung an sich der Stellung des Beklagten je als bon. und mal. fid. possessor aus dem Rechte des publicianischen Edictes entlehnt ist.

Zunächst nun der erste jener drei Momente findet seine prägnante Ausprägung vor Allem in der Gestaltung der petitio zu einer Bereicherungsklage: in der Verschmelzung der dinglichen Klage mit einer cond. ob caus. zur processualischen Einheit (§ 85 unter C), ein bildnerischer Prozeß, der auf den ersten Blick in hohem Maaße überrascht, weil damit eine Vereinigung der scheinbar unvereinbarsten Gegensätze vollzogen wird: denn die Zuständigkeit des Eigenthumsrechtes für den Kläger ergiebt ja das Klagfundament der Vindication, während die gleiche Rechtszuständigkeit für den Beklagten das Fundament der cond. ob caus. bildet. Dennoch aber ließ sich für die doctrinelle Reflexion auf zwiefachem Wege eine Vereinbarung jener Gegensätze gewinnen und zwar vor Allem auf die Weise, daß man für gewisse Fälle dem in dem Rechte begründeten Eigenthumsübergange aus Rücksichten der aequitas practisch den Effect negirte und somit, den neuen Eigenthümer gleich als Nichteigenthümer behandelnd, der in thesi erforderlichen cond. ob caus. eine Vindication substituirte. Und dieser Weg ist nun in der That schon frühzeitig d. h. bereits am Ausgange der Republik: von Alfen. Var., wie später dann von Cocceius Nerva nach Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 5. § 3) betreten worden: dieselben sprechen in gewissem Falle der rei vindicatio auch da noch eine Anwendbarkeit zu, wo die wesentliche Voraussetzung dieser Klage: das Eigenthumsrecht des Klägers in Wahrheit bereits verloren gegangen, vielmehr an dessen Stelle der Thatbestand der cond. sine causa getreten ist. Allein indem hier die Vindication geradezu an Stelle jener Condiction eintritt, nicht aber mit derselben verschmilzt, so wird zugleich die erstere nicht als dingliche, sondern als persönliche Klage behandelt d. h. als utilis einzig und allein wider den normal mit der cond. Verhafteten gerichtet: es ist hier die Condiction einfach mit der Vindication vertauscht, dabei aber die letztere durch einen Machtspruch ganz wesentlicher Attribute entkleidet, so daß sie in Wahrheit civilrechtlich persönliche Klage ist und nur processualisch zur Vindication sich gestaltet, ja selbst dies nicht ohne eine modificirende Fiction.[1575])

Auf einen noch anderen Weg ward sodann die doctrinelle Re-

1575) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. 804.

flexion hingewiesen durch das functionäre Verhältniß, in welchem die cond. sine causa zur rei vindicatio steht, als deren subsidiäres Complement: denn „sobald und indem das der Vindication unterworfene Object durch einseitige juristische Handlung des Besitzers oder durch juristisches Ereigniß — nicht aber durch Usucapion — in das Eigenthum des Besitzers übergeht und dadurch der Vindication sich entzieht, tritt an Stelle der letzteren die cond. sine causa und resp. furtiva ein zum Schutze der verletzten Interessen des früheren Eigenthümers.“ [1576]) Dieses Verhältniß aber der letzteren Klage zu der ersteren legte nun die Idee sehr nahe, daß da, wo das Fundament der vindicatio zwar im Beginn des Prozesses vorhanden war, im Laufe desselben aber verloren ging und durch den Thatbestand der cond. verdrängt wurde, die erstere aus Zweckmäßigkeitsrücksichten nicht in ihrem Laufe zu sistiren sei, sondern in Vertretung jenes ihres Complementes: der cond. ohne Weiteres fort zu fungiren habe. Und insoweit wird nun solche extensive Function in der That von Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Sab. (D. V, 3, 33. § 1. s. A. 967) der her. pet. beigemessen.

Allein bereits in noch früherer Zeit und so namentlich von Seiten des Lab. Procul. und Javol. hatte man der her. pet. die dogmatisch weit abnormere Verwendung beigelegt, nach Maaßgabe des Axiomes pretium succedit in locum rei schon vom ersten Beginne d. h. von ihrer Einbringung in das ius ab auch auf diejenige Bereicherung sich zu erstrecken, welche, an Stelle einzelner res hereditariae tretend, der theoretischen Ordnung gemäß eigentlich der cond. sine causa unterfiel, eine Extension, die weiterhin dann von dem S. C. Iuventianum sammt der bezüglichen oratio Hadriani sanctionirt ward (§ 83 unter C 2 a). Allein wenn immer auch diese Extension noch weiter von der normalen Ordnung abweicht, als jene von Julian statuirte, so empfahl sich doch dieselbe gerade für die her. pet. wegen der Beschaffenheit der hereditas als eines aus zahlreichen Einzelsachen zusammengesetzten Vermögensconglomerates durch dringendste Zweckmäßigkeitsgründe, durch die Rücksicht nämlich, dem Erbberechtigten eine Erleichterung in Verfolgung seines Rechtes zu verschaffen, indem man denselben von der Nothwendigkeit entband, wegen der einzel-

1576) Voigt, a. O. 756 fg.

nen vom Erbschaftsbesitzer veräußerten res hereditariae je eine besondere Klage, sei es rei vindicatio wider den dritten Besitzer, sei es cond. sine causa wider den bereicherten Veräußerer neben der her. pet. anzustrengen, vielmehr demselben zu gestatten, den Einzelanspruch der cond. zugleich mit dem erbrechtlichen Gesammtanspruche durch eine einige Klage zu verfolgen. Und hiermit ist wiederum in der Tendenz verwandt die von dem S. C. Iuvent. ausgehende Verwendung der petitio wider den Nichtbesitzer und auf Restitution des nicht besessenen Objectes (§ 83 unter A 1), worin jene Klage zwar nicht in ihrer sachlichen Beziehung: weil auf res ipsa, nicht aber auf die Bereicherung sich richtend, wohl aber in subjectiver Beziehung: weil wider den Nichtbesitzer der res aliena gerichtet, der Tendenz der cond. sich annähert, im Uebrigen aber die Abnormität solcher Verwendung der Klage zur Einfügung einer Fiction des vorhandenen Besitzes in dieselbe führt (A. 987).[1577] Insbesondere aber die dingliche Verhaftung des mal. fid. poss. (§ 83 unter A 3) wegen der fructus neglecti ist dem Lab. noch unbekannt,[1578] von Jul. 6 Dig. aber bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 4) bezüglich der her. pet. statuirt, und dann in dem Zeitalter von Sev. Alex. bei Paul. 16 Resp. (D. XXII, 1, 15) auch bei der rei vind. zur Anerkennung gebracht, wogegen bezüglich der fructus consumti jene Ordnung durch das S. C. Iuvent. bei der her. pet. und wohl ebenfalls in der Zeit Alexanders (C. Just. III, 33, 5) bei der rei vind. Geltung erlangte.

Und von dort aus vermittelte sich endlich mit Leichtigkeit ebenso die Uebertragung der her. pet., wie rei vind. auf einige verwandte Fälle (§ 83 unter B 2 a. b. d), als andrerseits auch die Extension beider Klagen in analoger Richtung (§ 83 unter B 1. 3) durch Anton. Phil. im C. Just. III, 31, 1. § 1 und Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 15. § 2), insgesammt Verwendungen, wo die dingliche Klage civilrechtlich die volle Natur der cond. sine causa oder furtiva annimmt.

Nicht minder entwickelte sich wiederum auf der anderen Seite

1577) Dies erkennt an Paul. 16 Resp. (D. XXII, 1, 15) s. A. 988.

1578) Lab. 4 Pith. (D. VI, 1, 78): si eius fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti, nihil eius fundi fructuum nomine te dare oportet.

in einem gewissen Parallelismus mit dem pretium succedit in locum rei die extensive Verwendung der rei vindicatio in der Richtung des Axiomes res succedit in locum pretii, in der nun dieselbe innerhalb des ius speciale in mehrfachen Fällen zur Anwendung gebracht wurde. [1578a])

Im Allgemeinen aber lag die historische Veranlassung zur Aufstellung derartiger abnormer Sätze in den gegebenen historischen Verhältnissen der Rechtsbildung selbst: des Entwickelungsprozesses nämlich der condictiones ob caus. Denn es fällt der Ausgang jener Extensionen bei Alfen. und Nerva in eine Zeit, wo der wissenschaftliche Ausbildungsprozeß dieser Klagen, nur erst zur Unterscheidung einer doppelten Unterart derselben: der cond. non debiti und ex iniusta causa gelangt, noch in vollem Flusse und in stetiger Bewegung begriffen war und eine erschöpfende doctrinelle Bestimmung der systematischen Arteigenthümlichkeiten, wie eine abschließende Definirung des wesentlichen Thatbestandes gegenüber verwandten Fällen für die einzelnen Unterarten der condictiones ob caus. noch nicht gewonnen hatte, insbesondere aber die cond. sine caus. überhaupt noch gar nicht dem Thatbestande jener cond. ex iniust. caus. unterstellt worden war (§ 133). Daher erklärt sich hieraus jenes Experiment ebenso des Alfen. und Nerva, wie des Lab., Proc. und Jav., die vindicatio in der Function einer cond. sine caus. und somit auch nach Aufhebung des klägerischen Eigenthumsrechtes, wie in rein persönlicher Richtung zu verwenden. Und indem wiederum nach Ausbildung der cond. sine caus. die Veranlassung hinwegfiel, jene von Alf. und Nerva eingeschlagene Bahn weiter zu verfolgen, so hat denn nun auch die rei vindic. nach solcher Richtung hin keine weitere Extension erfahren: lediglich auf das auf fremder Leinewand gefertigte Gemälde trug man noch jene vindicatio utilis über, hier wohl geleitet von dem Bestreben, auf solchem Wege dem Berechtigten anstatt des nackten Geldanspruches der condictio einen persönlichen Anspruch auf Restitution des Objectes selbst zu sichern, da dessen vielleicht bedeutender künstlerischer Werth bei der cond. sehr leicht einen weit ungenügenderen Ersatz gefunden haben würde, als durch das Mittel der pronuntiatio de restit. und des iusiur. in

1578a) Voigt, a. O. 799 fg.

litem. Dahingegen die der späteren Zeit angehörigen verwandten Extensionen der petitio werden nunmehr, nach Ausbildung der cond. ob caus., zwar nicht mehr durch den Mangel eines anderen geeigneten Rechtsmittels dictirt, wohl aber durch die obigen Zweckmäßigkeitsrücksichten bestimmt, Rücksichten, die nach jener Richtung hin um so leichter zur Geltung gelangen konnten, als der Vorgang eines Alfen., eines Lab., Proc. und Anderer das theoretische Bedenken einer Verwendung der petitio in Function einer cond. sine caus. entkräftete.

Zweitens sodann sind es die in der bon. fid. a. und resp. in der a. redhibitoria bereits ausgeprägten Ideen, welche vor Allem die Normen darboten für die Gestaltung der petitio zu einer Schädenklage (§ 85 unter B). Und so treten in dieser Beziehung nicht allein jene Kategorien auf, welche bei der bon. fid. a. in deren Function als Schädenklage maaßgebend sind: von Zufall und Verschuldung, von Dolus und Culpa, sondern es tritt auch die form. petit. den entsprechenden Thatbeständen entgegen: der verschuldeten frustratio restituendi, der verschuldeten Restitution am illegalen Leistungsorte, wie der verschuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte.

Insbesondere aber ward für die Theorie der Relevanz je von Dolus und Culpa der Anstoß gegeben durch das honorarische Institut des iusiur. in litem, während die Entwickelung der Relevanz vom Zufalle im Gegensatze zur Verschuldung aus freiem Antriebe von der Wissenschaft der angehenden Kaiserzeit aufgenommen wurde. Und zwar während die Proculianer die alte, bei der leg. a. und dem agere per spons. gültige Ordnung (A. 1164) festhielten, daß derjenige, welcher bei der lit. cont. den Proceßbesitz übernahm und somit insbesondere die cautio iudic. solvi leistete, das periculum des Besitzobjectes zu tragen hat, so entlasteten die Sabinianer den possessor dieser Haftung und übertrugen dieselbe auf den Kläger[1579]).

1579) Die sabinianische Lehrmeinung beruht auf dem Axiome: omnia iudicia esse absolutoria (A. 1709) und tritt auf bei Cass. in Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. pr.), ward aber bereits früher von Alf. 3 Dig. epit. (D. VI, 1, 58) und von Trebat. vertreten, wie Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 33) ergiebt, als auch später noch von der Rechtswissenschaft für die rei vind.

Endlich boten die bon. fid. a. sammt a. redhibitoria auch den Stützpunkt für die Theorie von dem Retentionsrechte, wie von der omnis causa; denn bezüglich der Impensen stehen das Retentionsrecht und das Compensationsrecht in vollkommenem Parallelismus[1580]), und nur das Rechtsmittel beider ist von Vorn herein ein verschiedenes: hier defensio ipso iure, dort exc. doli mali, neben welche jedoch später auch hier defensio ipso iure tritt[1581]). Dagegen bezüglich des Anhanges der Hauptsache gelangte man durch jene Vermittelung von dem beschränkten Ausdrucke fructus, welchen die XII Taf., wie die stipulatio iudicatum solvi (A. 1156) boten, zu der allgemeinen Bezeichnung von causa rei oder omnis causa (§ 128).

Endlich wiederum dem publicianischen Edicte ist entlehnt der leitende Gesichtspunkt, welcher der bona oder mala fides des possessor bei der dinglichen Klage insoweit Relevanz beimißt[1582]), als daran eine verschiedene Stellung desselben theils bezüglich der Haftung für fructus consumti und neglecti, theils bezüglich des Retentionsrechtes wegen impensae angeknüpft ist, Rechtsordnungen, die dem Zeitalter Hadrians entstammen[1583]) und hier

festgehalten nach Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 15. § 3: plerique aiunt), wo das plerique aiunt zugleich auf die dissentirenden Proculianer hinweist. Dagegen die proculianische Lehrmeinung findet sich bei Proc. in Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. pr.), wozu vgl. Ulp. cit.; und diese letztere Ordnung wiederum ward bezüglich des mal. fid. poss. bei her. pet. aufgenommen von Paul. cit.; vgl. § 84 unter D I.

1580) Vgl. insbesondere Scaev. 1 Resp. (D. X, 2, 39. pr.), Paul. 3 ad Plaut. (D. X, 3, 14. § 1).

1581) Jene exc. doli wird bereits von Proc. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 5) statuirt, wogegen die defensio ipso iure, auf her. pet. beschränkt, erst auf Grund des S. C. Iuvent. gegeben und zuerst von Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38) erwähnt wird. Nicht dagegen gehört hierher, daß wegen der Impensen auf die zu restituirenden fructus die defensio iure schon früher statthaft und bereits von Sab. bei Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 36. § 5) zugelassen ist; denn: fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt: A. 1267.

1582) Jul. 7 Dig. (D. XXII, 1, 25. § 1. 2) und bei Paul. 3 ad Sab. (D. VII, 4, 13); 44 Dig. (D. XLI, 1, 37. § 2), 3 ex Min. (D. cit. 39), 1 ad Urs. Fer. (D. XXIX, 2, 45. § 4). Die doctrinelle Anknüpfung dieses Rechtssatzes an das publician. Recht erhellt namentlich aus J. Just. II, 1, 35 verglichen mit Beil. XXI § IV. VI unter 1.

1583) Bezüglich der fructus bei her. pet. kommen, wie obbemerkt, in

Hand in Hand gehen mit der Aufstellung des Satzes, daß die bon. fid. possessio auch Eigenthumserwerb an den fructus durch Separation, sowie an demjenigen begründet, was der als Sclave bona fide Besessene ex operis suis oder ex re possessoris erwirbt[1584]), und an welche sich dann auch das S. C. Iuvent. darin anschließt, daß dieses je mit bon. oder mal. fid. possessio auch eine verschiedene Haftung wegen des facere quominus possideat oder bezüglich des pretium succedere in locum rei verbindet.

Endlich das S. C. Iuventianum v. 129 griff reformirend nur in die her. pet. ein und zwar lediglich in dem doppelten Punkte, daß es auf diese Klage das Proceßdelict des facere quominus possideat (§ 77) überträgt und sodann ebenso in dieser Beziehung, wie hinsichtlich des pretium succedere in locum rei die bona und mala fides des possessor zur Relevanz erhebt (§ 83 unter A 1. C 2 a). Allein die Rechtswissenschaft benützte die hierin gegebenen Stützpunkte, um die her. pet. in viel weitergehender Maaße nach der Richtung der aequitas zu entwickeln, als dies bei der specialis in rem actio geschah, so namentlich bezüglich der Haftung für impensae (§ 83 unter C 1), des pretium succedere in locum rei (§ 83 unter C 2) und der casuellen Unmöglichkeit der Restitution (§ 84 unter D 2).

Nach Alle dem daher ward die form. petit. durch den Prätor als eine neue Figur geschaffen und gestaltet, dabei aber in ihren Grundverhältnissen an ihre Vorgänger: die leg. a. und das agere per sponsionem angelehnt und lediglich durch gewisse Modifica-

---

Betracht theils das S. C. Iuvent., theils Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 4); bezüglich der impensae vgl. Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38), Jul. 8 Dig. bei Ulp. 17 ad Ed. (D. cit. 37).

1584) Vgl. Wetzell, Vind. Pr. 33. Dagegen gehört bereits dem Ausgange der vorigen Periode an die Theorie, für diejenige Usucapion, welche die possessio in dominium umsetzt, ebenso bona fides, wie iustus titulus zu erfordern; vgl. in ersterer Beziehung Beil. XXI § XVII, in letzterer Beziehung Voigt, Cond. ob caus. § 35; im Allgemeinen vgl. Stintzing, Wesen von bona fid. und iust. tit. 8 fg. Die gegentheiligen Aufstellungen von Scheurl, Beitr. II, 29 fg., daß von Anfang an zur Usucapion bon. fid., wie iust. tit. erforderlich gewesen seien, sind, was diese Affirmative betrifft, völlig unerwiesen gelassen, während in der Controverse gegen Stintzing ebenso die historische Auffassung des Thema's mangelhaft ist, wie an Stelle von Gegenargumenten Sophismen und nicht stringente Deductionen treten.

tionen eine Reform im Einzelnen herbeigeführt. Allein diese Modificationen wurden von der Rechtswissenschaft bis zur vollständigen Neugestaltung der dinglichen Klage im Dienste der aequitas weiter entwickelt und durchgebildet. Und während die honorarische Rechtsbildung der aequitas nur in der Richtung der arbiträren richterlichen Cognition einen Spielraum eröffnete: in der meritorischen Gestaltung der pronuntiatio de restituendo, wie der iudicatio und in Ermächtigung des Richters zur Entscheidung über die Zulassung des iusiur. in litem, so vollzog nun die Rechtswissenschaft in Verbindung mit der kaiserlichen Legislation die Ueberleitung des Principes der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung auf die form. petit.: in deren Gestaltung zur Bereicherungs-, wie zur Schädenklage, in der Zulassung des Retentionsrechtes, in der Differenziirung der bon. und mal. fid. possessio, insgesammt Momente, in denen die her. pet. noch in viel weitergreifender Maaße als die rei vind. nach Maaßgabe der aequitas durchgebildet wurde. Immerhin aber hat die form. petit. niemals zu der Vielseitigkeit sich entwickelt, welche die bon. fid. a. in ihrer Stellung als Aequitätsklage auszeichnet, indem derselben zahlreiche Verwendungen ebensowohl als Schädenklage, wie als Bereicherungsklage versagt bleiben, so z. B. dort als a. de dolo, hier als Impensenklage (§ 85).

Dagegen von Elementen des rigor findet sich in der form. petit. theils die durch die stipulatio iudicatum solvi begründete poena temeritatis der fructus maiores, die indeß von der Rechtswissenschaft darin nach dem Gesichtspunkte der aequitas modificirt wird, daß derselben im Falle der casuellen Vereitelung der Restitution derogirt wird, theils das von dem S. C. Iuventian. adoptirte Proceßdelict des facere, quominus possideat, das jedoch insoweit unter dem Einflusse der aequitas steht, als je bei bon. oder mal. fid. possessio die Haftung eine verschiedene ist.

Alle jene für die form. petit. gewonnenen Rechtssätze boten nun aber zugleich das Vorbild und gewissermaaßen den Normaltypus für alle übrigen actiones arbitrariae, insofern ja dieselben processualisch die gleiche Structur, civilrechtlich aber in der Pflicht zum rem restituere, exhibere oder dergl. den entsprechenden öconomischen Gehalt boten, und so insbesondere hinsichtlich der Unmöglichkeit oder Mangelhaftigkeit der Restitution je in Folge von

Zufall oder Verschuldung, Dolus oder Culpa oder des späteren Eintrittes der Möglichkeit der Restitution in Folge des Besitzerwerbes nach der lit. cont.[1585]), sodann hinsichtlich des Quantums der Restitution mit Rücksicht auf omnis causa[1586]), wie impensae necessariae[1587]), und so endlich auch hinsichtlich der Rechtswirkungen des facere quominus possideat, insofern die Klage wider den juristischen oder abgeleiteten Besitzer oder den Eigenthümer sich richtet[1588]), wie nicht minder hinsichtlich des iusiurandum in litem.

§ 132.

Die actio und exceptio doli mali und quod metus causa.

Indem mit der gegenwärtigen Periode die in § 116 dargelegten Veränderungen in der Conception des Edictes Quod per vim et metum ablatum erit, iudicium dabo eintraten und insbesondere das ablatum durch ein gestum ersetzt ward, so erfuhr damit die a. quod met. c. die in § 118 hervorgehobene Beschränkung ihrer Sphäre: dieselbe reducirte ihre Anwendbarkeit auf die Fälle, wo die Willensbestimmung des Mitinteressenten bei einem Rechtsacte oder bei der einem Rechtsgeschäfte unterliegenden causa[1589]) durch vis beeinflußt war. Und wie damit von dieser

1585) In ersterer Beziehung bei a. ad exhibendum: Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 7. § 5), Paul. 26 ad Ed. (D. cit. 12. § 4); bei a. quod met. c.: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 11); a. depositi: Sab. und Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XVI, 3, 14. § 1); vgl. A. 957. In letzterer Beziehung bei a. ad exhibendum: Proc. und Pegas. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 30. pr.); Jul. 9 Dig. (D. X, 4, 8) s. § 83 unter A 2; a. depositi: Nerat. bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 21). Vgl. § 139 unter A 2. 3.

1586) So bezüglich der a. in factum aus dem Edict Quae Lucius Titius fraudandi causa: Ulp. in A. 1586 cit.; a. quod met. c.: Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38); a. ad exhibendum: J. Just. IV, 17, 3. vgl. A. 959.

1587) So bezüglich der a. in factum aus dem Edict Quae Lucius Titius fraudundi causa: Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 20), oder der a. hypothecaria: Paul. 5 Resp. (D. XX, 1, 29. § 2).

1588) S. A. 938; vgl. im Allgemeinen Henr. Frima, de action. arbitrar. Groning. 1845 cap. II fg.

1589) Letzterenfalles fungirt die a. quod met c. als cond. ob caus. und in Concurrenz mit solcher: Voigt, Cond. ob caus. § 72 unter 9. Dafern jedoch die Solution einer rechtsbegründeten Obligation durch vis oder auch

Klage alle Thatbestände ausgeschlossen wurden, wo ohne das Mittel eines Rechtsactes die vis verübt wird, so wird nun einerseits in Consequenz hiervon in dem edictum perpetuum die vis aus der betreffenden Edictsclausel ausgeschieden (§ 116), während andererseits für jene letzteren Thatbestände neben der bereits in der vorigen Periode proponirten speciellen Klagen (§ 118) auch jetzt noch weitere dergleichen geschaffen werden: die a. bonorum raptorum ex incendio, ruina, naufragio nach Edict in Dig. XLVII, 9, 1. pr. und die a. vi bonorum ademtorum adversus publicanos (A. 1430). Und nicht minder wird jetzt wegen vis auch die a. restitutoria, wie rest. in int. extra ordinem ertheilt (§ 134).

Dagegen bezüglich der a. de dolo war die nach § 116 eintretende redactionelle Abänderung des Edictes unwesentlich: dieselbe greift nach wie vor nicht bloß in dem Falle Platz, wo ein gerere durch den dolus malus beeinflußt wird, sondern auch da, wo auf anderem Wege solcher dolus eine Schädigung herbeiführt, so daß demnach die a. de dolo ebenso der a. quod met. c., wie der a. vi bon. raptorum parallel ist[1590]). Gleichwohl werden auch hier noch Specialklagen wegen dolus geschaffen und zwar neben der bereits überlieferten a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus quis in iudicio sistat und restitutoria wegen ciscumscriptio minorum (§ 118) die a. adversus mulierem, quae dicitur ventris nomine in possessionem missa possessionem dolo malo ad alium transtulisse, die a. adversus falsum tutorem und si quis omissa causa testamenti, wie nicht minder die a. restitutoria und rest. i. int. extra ordinem wegen dolus malus[1591]).

Endlich tritt nach § 59 neben die in der a. quod met. c. und de dolo ausgeprägte Rechtsordnung auch die in § 30 dargelegte Theorie, welche beim Testamente die vis, wie den dolus malus vom

---

durch dolus malus beeinflußt wird, greift die a. quod met. c. ebensowenig Platz, wie die a. de dolo: Jul. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 12. § 2), Sev. und Car. im C. Just. VIII, 14, 4., und andrerseits: Paul. 21 ad Ed. (D. L, 17, 129. pr.). Ueber das hierfür maaßgebende Gesetz vgl. Voigt, a. O. 483 fg.

1590) Vgl. Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 6. fr. 21); Gai. 4 ad Ed. prov. (D. cit. 8); Ulp. cit. (D. cit. 9. § 2), 31 ad Ed. (D. L, 14, 2); Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 5).

1591) Vgl. wegen der ersten Klagen Voigt, Bedeutungswechsel 97 fg. 101 fg.; bezüglich der in integr. rest. wegen dolus malus vgl. § 134.

Gesichtspunkte der voluntatis ratio aus reprimirt und somit um der dadurch herbeigeführten Fälschung der Willensbestimmung willen dieselben mit annullirendem Effecte bekleidet[1592]).

Dahinwiederum in der Defensive gewinnen vis, wie dolus malus eine zwiefältige, ganz verschiedene theoretische Stellung und Wirksamkeit: dieselben begründen in potentia ebensowohl nach Maaßgabe des systematischen Gesichtspunktes von § 82 unter I, § 90 unter I B einen Entschädigungs- und somit Compensations-Anspruch, als auch nach Maaßgabe des systematischen Gesichtspunktes in § 82 unter II, § 90 unter II einen Anspruch auf Rescission, somit auf Ungültigkeitserklärung des klagbar gemachten Rechtes selbst (A. 1096 fg.), wobei nun dort, wie hier die betreffende Einrede der bon. fid. a. gegenüber ipso iure (A. 1088 fg.), dagegen der stricti iur a. gegenüber ope exceptionis zur Geltung kommt.

Die exc. doli mali insbesondere aber erleidet überdem in der

1592) Cels. 15 Dig. bei Ulp. 6 ad Sab. (D. XXIX, 2, 6. § 7) unterstellte diesem Gesetze auch die her. aditio; allein diese Ansicht drang nicht durch: man gab hier, wie bei der repudiatio a. quod met. c. oder de dolo: Fur. Anth. 1 ad Ed. (D. IV, 3, 40), wozu vgl. Glück, Pand. XLII, 469. Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 9. § 1), Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 6), oder rest. in integr.: A. 1640. Sodann ward von gewisser Seite Richtigkeit auch bei der Manumission behauptet: Paul. de Libert. (D. XL, 9, 17. pr.), Marcian. 1 Inst. (D. cit. 9. pr.), Dosith. de Man. § 9, während eine andere Lehrmeinung auch hier rest. in int. forderte: A. 1640. Dagegen sind von der Rescissibilität, nicht von der Nullität zu verstehen, was den dolus malus betrifft, die in A. 1097 citirten Stellen, sowie, was die vis betrifft, Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 9. § 6) und Gord. im C. Just. II, 20, 3., wo restitutoria rei vind. in Frage steht: s. Voigt, Cond. ob caus. A. 739; dann Sev. und Car. im C. Greg. II, 1, 2: s. A. 1096; ferner Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 3), wo exc. quod met. c. in Frage steht, wie die ganze Umgebung der Stelle ergiebt; endlich Paul. sent. rec. I, 7, 10, wo die Rescissibilität im Allgemeinen gemeint ist. Dagegen Paul. sent. rec. I, 7, 6 faßt den practischen Effect, nicht aber das Rechtsmittel in das Auge: weil das Geschäft rescissibel ist, tritt jener Effect ein, während wiederum bei Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 17, 116. pr.): nihil consensui tam contrarium est, — quam vis atque metus das contrarium nicht nothwendig als Negation der Existenz, sondern recht wohl als Negation der Fehlerlosigkeit des Consenses gedacht sein kann. Vgl. A. 196. Anders beurtheilen diese Stellen Schneider, subsidiäre Klagen 400 fg., Schliemann, Zwang 60 fg., wogegen vgl. Arndts, Pand. § 61. und jetzt nun auch Schloßmann, Zwang 31 fg. Der Widerspruch, den Schliemann statuirt, würde in der That weder systematisch, noch historisch lösbar sein.

gegenwärtigen Periode eine völlige Umwandelung ihrer Wesenheit, indem dieselbe zum defensiven Universalorgane der aequitas umgestaltet wird, ein Proceß, dessen erste Ansätze bereits der vorigen Periode angehören: in der Verwendung jener Exception ebenso als das der cond. ob caus. correspondirende defensive Rechtsmittel (§ 120), wie auch als Impensen-Einrede gegenüber der form. pet. (A. 1574), und der wiederum gleichzeitig Hand in Hand geht einerseits mit der begrifflichen Umgestaltung des dolus malus selbst zum contradictorischen Gegensatze der bona fides oder der aequitas, wie andrerseits mit der practischen Verwendung dieses so erweiterten Begriffes auch für die bon. fid. a.

Zunächst nun jenen logischen Proceß der Begriffswandelung von dolus malus betreffend, so bezeichnet dieser Ausdruck neben seiner gleichfalls sehr alten Bedeutung von rechtswidriger Vorsatz von Vorn herein die Arglist[1593]), somit eine der mehreren Modalitäten einer Verletzung der bona fides, wogegen das der letzteren widerstreitende Verhalten im Allgemeinen von der vorigen Periode als malitia oder fides mala bezeichnet ward (A. 1328).

Bereits Cic. Top. 17, 66. de Off. III, 15, 61. 17, 70 läßt jedoch erkennen, daß man schon damals den dolus malus als das hervorragendste Stück der malitia auffaßte, und in der gegenwärtigen Periode nun ward dieser letzteren der erstere geradezu substituirt: es ward der dolus malus zum begrifflichen Repräsentanten der Unredlichkeit: als des der bona fides oder aequitas widerstreitenden Verhaltens erhoben[1594]), ein Proceß, für welchen ein gewissermaaßen legaler Stützpunkt bereits von der vorigen Periode darin überliefert war, daß man aus der auf dolus malus concipirten doli clausula eine auf fides bona concipirte Klagformel ertheilte (§ 115). Immerhin vollzieht sich jedoch in solcher Begriffswandelung nur einer jener in § 49 dargelegten Processe der Interpretatio der röm. Jurispudenz, daher denn

1593) Das Weitere s. in Voigt, Bedeutungswechsel 45 fg. 91 fg.

1594) Die Quellenzeugnisse s. Voigt, a. O. 104 A. 58. Dann im Einzelnen Beilage VII § 16. 17, sowie A. 1884; und so nun auch z. B. Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 2. § 8): qui vim facit, dolo malo fecit, non tamen qui dolo malo fecit, utique et vi facit; ita dolus habet in se et vim, et sine vi, si quid calliditate admissum est, aeque continebitur; Proc. bei Paul. 30 ad Ed. (D. XIV, 3, 17. § 4): videri me dolum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram.

nun dieser neue Begriff des dolus malus lediglich einen specifisch juristischen Denkwerth hat und ebensowohl nur in denjenigen Punkten maaßgebend wird, in denen die Interpretatio gerade solche Wandelung vornimmt, als auch im Allgemeinen die altüberlieferte Bedeutung des dolus malus weder in der Rechts-, noch in der Volkssprache verdrängt, so daß demnach jenes Wort nunmehr neben seiner Bedeutung von rechtswidriger Vorsatz den doppelten Begriff vertritt: ebenso des der bon. fides widerstreitenden Verhaltens im Allgemeinen, als auch der Arglist im Besonderen[1595]).

Dieser so geschaffene neue Begriff des dolus malus verblieb nun zwar ganz einflußlos auf die Wesenheit, wie Sphäre der a. de dolo[1596]), wohl aber gewann derselbe einen eigenthümlich bestimmenden Einfluß auf die aggressive Function, ebenso der bon. fid. a., wie der a. ex stipulatu. Denn indem die bon. fid. a. die Verletzung der bona fides oder jenen dolus malus zu reprimiren berufen ist[1597]); indem sodann ebenso wie die bona fides, so auch solcher dolus malus in eine doctrinelle Beziehung zu allen von der aequitas vertretenen Principien gesetzt wird; so ergab sich nun hieraus für diese Klage die Berufung, als das zur Verwirklichung aller jener Principien in aggressiver Weise geeignete Rechtsmittel zu dienen. Immerhin aber ist, wie in § 129 dargelegt, solche theoretische Consequenz nur in beschränktem Umfange zur Ausprägung gelangt, da deren volle Durchführung an den manichfachen inneren Widersprüchen scheiterte.

Und einen entsprechenden beschränkten Effect gewinnt sodann jene Begriffswandelung in Bezug auf die a. ex stipulatu, bezüglich deren, wie Ulp. 78 ad Ed. (D. L, 16, 69) bezeugt, der dolus malus, auf welchen die doli clausula sich concipirt, ebenfalls als Verletzung der bona fides statt, wie von Alters her, als

---

1595) Voigt, a. O. 105 fg. Die Tragweite jener Umwandelung ist in juristisch metaphysischer Beziehung eine ganz eminente: so z. B. kann die Arglist nur dolos, die Verletzung der bon. fides auch culpos begangen werden.

1596) Die Sentenz von Pomp. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 13): eum qui metum fecit, et de dolo teneri et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita kann als wahr nicht gelten bezüglich der a. de dolo, sondern nur bezüglich der bon. fid. a. und exc. doli.

1597) Voigt, a. O. A. 59. 60.

Arglist aufgefaßt ward. Denn diese Prämisse führte nun gegenüber der Thatsache, daß die a. ex stipulatu gleich der bon. fid. a. auf fides bona sich concipirte, ohne Weiteres zu dem Gesetze, daß die a. ex stipulatu begründet wurde durch diejenige Seitens des promissor innerhalb der Sphäre der doli clausula begangene Verletzung der bona fides, sei dies Verletzung der sanguinis oder der voluntatis oder der damni ratio, welche, innerhalb eines bon. fid. negotium begangen, durch die bon. fid. a. aggressiv reprimirt wird (Beil. XIX § V unter aa fg.), ein Gesetz, worauf insbesondere auch die Ausschließung der a. de dolo durch die a. ex stipulatu beruht.

Viel weitergreifend ist jedoch der Effect jener Begriffswandelung in der Richtung der Defensive und zwar ebensowohl innerhalb der bon. fid. a., wie in der exc. doli mali. Denn was zunächst die Defension in der bon. fid. a. betrifft, so gelangte hier jene Prämisse, daß die bona fides das der aequitas in ihrer Totalität correlate Verhalten und wiederum der dolus malus der contradictorische Gegensatz der ersteren sei, in voller Consequenz zu Geltung und Wirksamkeit, so daß demnach die bon. fid. a. als geeignet, wie berufen anerkannt wurde, die ipso iure geltend zu machende Einrede des dolus malus auf Grund der Verletzung von jedwedem Principe der aequitas in sich aufzunehmen (Beil. VII § 18—22), somit also solche Einrede jedwedes Postulat der aequitas zur Geltung bringt, welches durch klagweise Verfolgung eines zwar rechtsbeständigen, aber in seiner Geltendmachung der bona fides widerstreitenden Rechtsanspruches vom Kläger verletzt wird. Und dies nun bestätigt sich im Einzelnen zunächst bezüglich der sanguinis ratio in der Ordnung, daß das beneficium competentiae einestheils gegenüber der a. rei uxoriae zur Anwendung gelangt, während es gegenüber der a. ex stipulatu aus cautio rei uxoriae versagt,[1598]) und anderntheils dasselbe in den übrigen Fällen, wo es auf die sanguinis gestützt ist, nur dann, wenn es der bon. fid. a. gegenübertritt, ipso iure zur Geltung kommt, dagegen dann, wenn es einer stricti iur. a. gegenübertritt, nur auf Grund einer bezüglichen, der Klagformel inserirten taxatio

1598) Jutinian. im Cod. V, 13, 1. § 7. Denn das beneficium competentiae unterfiel nicht der Sphäre der doli clausula.

Geltung gewinnt.[1599]) Nicht minder prägt sodann bezüglich der voluntatis ratio gleiche Ordnung sich aus in den Axiomen bonae

---

1599) Die Quellen ergeben bezüglich jenes beneficium eine zwiefache prozessualische Ordnung: einerseits wird eine bezügliche Clausel als taxatio „Dumtaxat quantum Num. Negidius facere potest" der condemnatio der Klagformel inserirt und dies ist bekundet für die a. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur durch das Edict in Dig. XIV, 5, 2. pr.: actionem causa cognita dabo in id, quod facere potest, und für die a. pro socio durch das Edict nach Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. XLII, 1, 22. § 1): quod — de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit; andrerseits dagegen wird solche taxatio der formula nicht inserirt, wie sich ergiebt bezüglich der a. rei uxoriae aus Nerat. und Sab. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXIV, 3, 17. § 2): si in iudicio rei uxoriae (Trib: dotis) iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit maritum in solidum, doli exceptione (i. e. in actione iudicati) eum uti oportere; vgl. J. Just. IV, 6, 37: si de dote mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit. Damit correspondirt, daß wieder in gewissen Fällen die Quellen von einer Geltendmachung des beneficium durch exceptio sprechen, was allerdings nicht streng technische Ausdrucksweise ist, da jene Geltendmachung niemals dahin führt, daß eine exc., sondern lediglich, daß jene taxatio der formula inserirt wird, immerhin aber so zu verstehen ist, daß nicht ipso iure das beneficium processualisch zur Geltung kommt, als vielmehr auf Grund eines in Folge Antrags des Beklagten inserirten Formeltheiles, nämlich der taxatio; und solche Ordnung wird bekundet bezüglich a. pro socio von Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 63. § 2): esse hanc exceptionem dandam und Paul 7 ad Sab. (D. XXIV, 3, 17. § 1): dabitur exceptio; dann bezüglich der Klage auf Erfüllung der donatio von Paul. 14 Quaest. (D. XLII, 1, 41. pr.): creditor exceptione summovetur und Tryph. 7 Disp. (D. XLVI, 2, 33): habebit adversus eum illam exceptionem; endlich bezüglich der Klage aus der dotis dictio oder promissio der Ehefrau von Paul. 7 ad Sab. (D. XXIV, 3, 17 § 1): defendendam eam per exceptionem; wogegen nicht hierher gehört Paul. 3 ad Plaut. (D. XLIV, 1, 7. pr.): exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem quod facere possit vel parens patronusve, non competit fideiussori, da hier nur von der civilrechtlichen Zuständigkeit des beneficium ohne Rücksicht auf dessen processualische Gestaltung die Rede ist. Alle diese Thatsachen aber ergeben nun das obige Gesetz: das benefic. competent. kommt dann, aber auch ausschließlich dann ipso iure in iudicio zur Geltung, wenn dasselbe auf der sanguinis ratio beruht und der bon. fid. a. gegenübertritt, obwohl auch diesfalls mit Ausnahme der Klagen, für welche durch speciellen Rechtssatz die processualische Wirksamkeit des benefic. von einer Ertheilung desselben Seitens des Prätors mittelst der Klagformel abhängig gemacht ist.

fidei iudiciis exceptiones pacti oder pacta conventa insunt (A. 1089. 1566), während endlich bezüglich der damni ratio jenes Gesetz in dreifacher Richtung sich verwirklicht: in der ipso iure eintretenden Wirksamkeit der Einrede theils des nicht erfüllten Contractes, theils der Compensation sei es von Verschuldung, sei es von connexer Gegenforderung, theils endlich der Iniquität des Klaganspruches an sich, wobei in erster Beziehung auf die Gegenleistung, in zweiter Beziehung auf den Gegenanspruch, in letzter Beziehung auf die aus der Geltendmachung an sich des Klaganspruches resultirende Rechtsverletzung die Defension des Beklagten gestützt ist (§ 82. 90).

Von dieser Grundordnung, daß bei der bon. fid. a. die Aequitäts-Einrede ipso iure zur Geltung kommt, greift indeß in zwei Punkten die singuläre Ausnahme Platz, daß an Stelle und mit Ausschluß der defensio ipso iure die exc. doli mali allein in der obigen verallgemeinerten Beziehung eintritt. Und zwar zunächst darin, daß, wie in § 90 unter I B dargelegt, die Compensation wegen connexer Gegenforderung insoweit nur ope exceptionis doli zur Geltung kommt, als solche Forderung aggressiv nicht durch die bon. fid. a. selbst in Function einer Bereicherungsklage, sondern bloß durch eine eigene und specielle Klage geltend gemacht werden kann, somit also durch a. utilis ex contractu vel quasi oder ex delicto auf quanto locupletior factus est wider den Pupillen oder furiosus oder mit a. de in rem verso oder ex delicto de in rem verso wider den Gewalthaber bewehrt ist.[1600]) Und sodann ward von der gegenwärtigen Periode der exc. doli auch darin eine ganz neue Verwendung bei der bon. fid. a. zu Theil, daß dieselbe auch wegen nicht connexer Gegenforderungen gegeben wurde, insbesondere aber wegen des auf mandatum oder neg. gestio gestützten Gegenanspruches auf impensae utiles oder voluptuariae, die auf die res debita oder sonst im Interesse des Klägers vom Beklagten aufgewendet sind (A. 1095), eine Rechtsordnung, worin unter gewissen Modificationen eine Ueberleitung des Compensationsrechtes des rigor (§ 119) auf die bon. fid. a.

1600) Bezüglich der in rem versio, wo die directen Belege fehlen, kann vor Proponirung der exc. doli für die defensive Geltendmachung des bezüglichen Anspruches nur eine eigene exc. in factum conc. gedient haben.

bewerkstelligt ward. Und endlich tritt hierneben auch noch die freibeliebte Verwendung der exc. doli in der Modalität, daß jedwede defensio ipso iure bei bon. fid. a. auf Antrag des Beklagten in die Form einer exceptio eingekleidet wird (A. 1562).

Was dagegen die exc. doli mali im Besonderen betrifft, so ward dieser in der obigen verallgemeinerten Beziehung während der gegenwärtigen Periode eine ganz neue Verwendung zu Theil und zwar nicht allein, wie dargelegt, bei der bon. fid. a., sondern auch ebenso bei der formula petitoria, wie bei der stricti iuris a. sammt a. ex stipulatu. Und zwar geht zunächst bei der form. pet. die Theorie von der Grundordnung aus, daß wegen connexer d. h. auf idem corpus bezüglicher Gegenforderungen (A. 931) ein Retentionsrecht zusteht, allein nur ope exceptionis doli zur Geltung kommt, ausgenommen jedoch die Gegenforderung wegen impensae necessariae auf die zu restituirenden fructus, welche ipso iure wirksam wird (A. 960). Und jene Ordnung greift denn nun Platz ebensowohl wegen impensae auf die res principalis und zwar bei rei vind. wegen impensae necessariae des possessor und utiles des bon. fid. possessor (bei A. 961), sowie bei her. pet. wegen impensae voluptuariae des bon. fid. possessor (bei A. 962), als auch wegen sonstiger connexer Gegenforderungen (A. 963). Allein von der Zeit Hadrian's abwärts ward bei der her. pet. solche Ordnung darin aufgegeben, daß wegen impensae necessariae und utiles jenes Retentionsrecht als ipso iure wirksam anerkannt,[1600a]) überdem aber auch wegen nicht connexer Gegenforderungen wider den Erblasser dem bon. fid. possessor ein ope exc. doli geltend zu machendes Retentionsrecht zuerkannt wurde (§ 83 unter C 1). Andrerseits aber übernimmt wiederum die exc. doli die Function, die voluntatis, wie damni ratio überhaupt im geeigneten Falle auch gegenüber der a. in rem zur Geltung zu bringen, so z. B. indem dieselbe bei Paul. 31 Quaest. (D. VIII, 1, 18) gegenüber der a. negatoria die cond. causa finita vertritt. Dahingegen in der Umwandelung der exc. rei vend. et trad. in eine exc. doli (Beil. XXI § X) tritt der dolus malus in der engeren Bedeutung als Arglist auf.

1600a) Vgl. insbesondere Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38. pr.): id ipsum iudicio iudicis continebitur, nam nec exceptio doli desideratur.

Und sodann bei der strict. iur. a. übernahm die exc. doli mali die defensive Vertretung der voluntatis und damni ratio insoweit, als überhaupt beide Principien der aequitas eine Uebertragung auf jene Klagen und Rechtsverhältnisse erfuhren (§ 55 fg. 136). So daher übernimmt die exc. doli mali zunächst nach Maaßgabe von § 55. 56. 60 die defensive Geltendmachung des actum, als der unsolennen Willenserklärung gegenüber der stricti iur. a., welche das dictum oder scriptum, als die solenne Form zur Geltung bringt, sei es nun, daß solche Klage auf dictum oder scriptum allein sich stützt und das darüber hinausliegende actum unberücksichtigt lassend,[1601]) oder daß die Klage auf die Mangelhaftigkeit des dictum oder scriptum die Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsactes und weiterhin den selbst verfolgten Rechtsanspruch stützt.[1602]) Und nicht minder realisirt jene Exception nach Maaßgabe von § 57. 61 die defensive Geltendmachung der voluntas im Gegensatze zum verbum als des rechtsverbindlichen Elementes der juristischen Disposition, dafern die Klage anstatt der voluntas auf die verba negotii[1603]) oder legis[1604]) sich stützt,

---

1601) Hierher gehört die Conception der exc. pacti conventi (A. 1422) als exc. doli mali: Marc. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 18); Gai. III, 168. 179. Ulp. 4. 76 ad Ed. (D. II, 14, 10. § 2. fr. 14. XLIV, 4, 2. § 4. 6. fr. 4. § 8) vgl. A. 1602, wo das actum ausdrücklich verlautbart ist. Dann aber auch Pomp. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 2) und Gai. 29 ad Ed. prov. (D. II, 11, 8), wo der Gesichtspunkt der inactiven Willenserklärung (§ 15) Platz greift.

1602) So Ulp. 2 Reg. (D. XLVI, 4, 19. pr.): si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri possit, wozu vgl. § 17 a. E.; Paul. 6 ad Plaut. (D. XLIV, 4. 8. § 1): si heres damnatus sit non petere a debitore, potest uti exc. doli mali debitor, wo das legatum ein ungenügender Modus der Liberirung von der Obligation ist; dann wieder die exc. doli des bon. possessor secundum tabulas aus dem der civilen Solennität ermangelnden Testamente gegenüber dem heres. legit. nach dem Rescripte des Anton. Phil. bei Gai. II, 120. vgl. Paul. sent. rec. IV, 8, 2 (Collat. XVI, 3, 1).

1603) Gai. II, 198. Afric. 2. 5 Quaest. (D. XXIX, 7, 15. XXXV, 2, 88. § 1) f. § 25. Pomp. 9 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 34. § 1) f. § 23. Scaev. 15. 27 Dig. (D. XXXII, 1, 33. § 2. XLIV, 4, 17. § 1. 3); Pap. 13. 18 Quaest. (D. XXXVII, 11, 11. § 2. XXXV, 1, 72. § 6), wozu vgl. Voigt im Arch. f. civil. Prax. LIV, 25; Ulp. 24. 33 ad Sab. (D. L, 17, 19. § 1. XXX, 1, 57. pr.), 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 10); Paul. de Assign. libert. (D. XXXIV,

oder auch, dafern die Klage gewisse, die Willensbestimmung beschränkende gesetzliche Dispositionen zur Geltung bringt.[1605])

Und dann wiederum vertritt die exc. doli gegenüber der stricti iur. a. auch die damni ratio,[1606]) indem sie nicht allein den dolus malus i. e. S., somit die Arglist[1607]) zur Geltung bringt, sondern auch ebensowohl den Schädenanspruch wegen vis (A. 1596) oder wegen mora accipiendi,[1608]) wie den Anspruch

---

4, 15), 14 Quaest. (D. XLIV, 4, 13); Modest. de Diff. dot. (D. XXIII, 3, 13); vgl. Keller, Pand. § 286 A. 14. Dann insbesondere: Ulp. 7 Disp. (D. XII, 1, 18. pr.).

1604) So giebt Hadrian bei Ulp. 4 Disp. (D. XXVIII, 3, 12. pr.) exc. doli demjenigen Testamentserben, gegen welchen der Intestaterbe die Ruption des Testamentes durch Agnation eines vor dem Testator wieder verstorbenen Postumus geltend macht. Immerhin aber ist das Auftreten der exc. doli in solcher Beziehung anomal: denn gemeinhin wird solches Vorkommniß als einfache Interpretationsfrage behandelt, bei der es eines Rechtsmittels gar nicht bedarf: § 46 a. E.

1605) Wegen dieser ganz eigenthümlichen Verwendung der exc. doli vgl. S. 375 fg. So Jav. 6 Ep. (D. XXXIX, 5, 25), wozu vgl. A. 685 b, Wiebeking, de exc. rei vend. et trad. 45 fg. Voigt, im Arch. f. civ. Pr. LIV, 71. A. 88; Pap. 6 Quaest. (D. XXIX, 1, 36. § 3. XXXIV, 4, 22); Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 10), wozu vgl. A. 685 a, Savigny, Syst. III, 378 c; 7 Disp. (D. XII, 1, 18. pr.), wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 42; Carac. im C. Just. VIII, 36, 1. Und ebenso gehört hierher die Entscheidung bei Pap. 13 Quaest. (D. XXXVII, 11, 11. § 2 a. E.).

1606) Eine Ausnahme ergeben auch hier theils die impensae necessariae auf etwa zu restituirende fructus, welche ipso iure zur Geltung kommen: A. 1661, theils die condictio wider den fideiussor für ein debitum aus einem bon. fid. negotium, wo demselben die dem Hauptdebitor zuwider der bon. fid. a. zustehende Compensation ipso iure gegeben wird: Ner. und Pomp. bei Paul. 3 ad Sab. (D. XVI, 2, 4) s. § 90 unter I B. Dagegen gehören nicht hierher die Fälle, wo in der Defension gar keine Einrede, sondern eine negative Lit. Cont. enthalten ist, wie z. B. auf Grund des liberatorischen contrarius actus oder in den Fällen, wo die casuelle Vereitelung der Solution den Beklagten liberirt, so A. 1214.

1607) Vgl. im Allgemeinen Lab. und Cels. bei Ulp. 76 ad Ed. (D.XLIV, 4, 4. § 5. pr.), Gai. 30 ad Ed. prov. (D. cit. 6); Ulp. cit. (D. cit. 4. § 17); Paul. 32 ad Ed. (D. cit. 9); im Besonderen bezüglich der Stipulation: Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 36); Diocl. im C. Just. VIII, 39, 5. J. Just. IV, 13, 1. Theoph. in h. l.; wegen a. legati: Jul. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 11).

1608) So beim Damnationslegat: A. 1649, nicht dagegen bei der alten condictio: A. 1648.

auf Restitution der Bereicherung beim Thatbestande der cond. ob caus.[1609]) oder der Bereicherung des Pupillen oder furiosus durch ein ohne Concurrenz des Tutor oder Curator[1610]) oder durch ein dolo malo vom Letzteren abgeschlossenes Rechtsgeschäft,[1611]) wie endlich auch die Rechtsordnung der Klagenconcurrenz durchführt (A. 1668).

Nicht minder ward aber auch auf die strict. iur. a. im Allgemeinen die dem Argentarien-Rechte entstammende (§ 99 unter B) und, wie obbemerkt, bereits auf die bon. fid. a. übertragene Compensation des rigor: der nicht connexen Gegenforderung durch ein Rescript von Antonin Philos. übertragen und deren Geltendmachung auf die exc. doli mali verwiesen.[1612])

1609) So correspondirend der cond. indeb.: Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 3); Jul. 52. 60 Dig. (D. XLV, 3, 1. § 2. 6. XXXIX, 5. 2. § 3. 4. XLIV, 4, 7); Scaev. 27 Dig. (D. XLIV, 4, 17. pr.); Ulp. 52 ad Ed. (D. XXXVI, 4, 1. pr.); Paul. 2 Quaest. (D. XIX, 1, 42), 3 ad Sab. (D. XIX, 1, 5. § 1); Diocl. im C. Just. IV, 5, 3. Dann gehören hierher auch Jul. 51 Dig. (D. XLVI, 1, 15. pr.) und Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 2. § 3), wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. 583. Daneben tritt in J. Just. IV, 13, 1 exc. de errore in fact. conc ; vgl. Pomp. 5 Sen. Cons. (D. XIV, 6, 20) und dazu Voigt im Arch. f. civ. Pr. LIV, 207. Dann correspondirend der cond. caus. non sec.: Gai. IV, 116. 119 und Car. im C. Just. IV, 30, 3. wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 301; Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 2. § 3), Paul. 71 ad Ed. (D. XLIV, 4, 5. pr.); oder der cond. caus. finita: Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 1); Scaev. 27 Dig. (D. cit. 17. § 2); Ulp. 76, 80 ad Ed. (D. cit. 2. § 3. 7. XLVI, 8, 12. § 2), 43 ad Sab. in A. 1101; Paul. 13 ad Ed. (D. IV, 8, 32. § 14), 7 Resp. (D. XXXIII, 4, 11); oder der cond. ob turp. caus.: Paul. 3 Quaest. (D. XII, 5, 8); oder der cond. sine causa: Gai. 2 de V. O. (D. XLV, 1, 141. § 5); Pap. 8 Quaest. (D. XLVI, 3, 94. pr.); Paul. 10 ad Sab. (D. cit. 50), wo die betreffende Solution nichtig ist. Vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 295.

1610) Gai. II, 84. Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 4), Paul. 6 ad Sab. (D. XLVI, 3, 15), Herm. 6 Jur. ep. (D. XLIV, 4, 16), J. Just. II, 8, 2.

1611) Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 23. 25).

1612) J. Just. IV, 6, 30: in stricti iuris iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur, was nicht auf die Compensation der aequitas in A. 1607 fg., sondern auf die des rigor in § 119 geht, und überdem auch eine hier nicht weiter in Betracht kommende Beziehung auf den Civilproceß enthält. Diese Compensation steht in Frage z. B. bei Pap. 37 Quaest. (D. XLV, 2, 10) oder bei Ulp. 68 ad Ed. (D. XVI, 2, 10. § 2): compensatio locum habet —, si condicatur ex causa fur-

Und gleichem Gesetze, wie die strict. iur. a. folgt auch die a. ex stipulatu, da die dem Stipulator obliegende Verbindlichkeit gar nicht in die Sphäre der doli clausula fällt: die Einrede gelangt ope exc., nicht ipso iure zur Geltung (A. 1401), eine Ordnung, von welcher nur bezüglich der Klage aus cautio rei uxoriae gewisse singuläre Ausnahmen Platz greifen (A. 1402).

Indem so daher der dolus malus solche außerordentliche Erweiterung seiner Wirkungssphäre auf Grund jener Prämisse erfährt, daß alles Verhalten, welches der aequitas oder bona fides widerstreitet, zugleich einen dolus malus ergebe und auf Grund dessen innerhalb des Wirkungskreises der aequitas je nach der Natur der Klage bald defensio ipso iure, bald exc. doli mali begründe, so erhebt sich denn nun damit solche Einrede des dolus malus zu dem universellsten Centralorgane der aequitas selbst:

Pap. 3 Quaest. (D. XLIV, 4, 12): qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est;

Paul. 71 ad Ed. (D. XLIV, 4, 1. § 1): ideo — hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

Und dem entsprechend nimmt nun auch die ex. doli die allgemeinere Conception an: „Si in ea re nihil dolo malo Auli Ag. factum sit neque fiat“ (A. 1427).

Allein selbst jene obige Extension des dolus malus ward noch ganz wesentlich gesteigert durch den Gedanken, daß die Anstellung einer Klage unter vorsätzlicher Nichtbeachtung einer derselben entgegenstehenden exceptio selbst wieder einen dolus

tiva. — Den Vorläufer und das Vorbild von jenem Rescripte Antonins bildet theils die bezüglich der bon. fid. a. recipirte, theils die bezüglich der a. ex stipulatu praetorio von der Rechtswissenschaft aus dem Edicte abgeleitete Ordnung, daß nicht connexe Gegenforderungen durch exc. doli mali entgegengestellt werden dürfen: A. 1095. 1403, während wiederum unabhängig von jenem Rescripte die Uebertragung der compensatio des rigor auch auf die a. hypothecaria erfolgt: Paul. sent. rec. II, 5, 3. — In dem edictum perpetuum war die Compensation in den Abschnitt von den condictiones gestellt, nicht aber in dem Abschnitte von den contractus (A. 1536) behandelt. — Auf alles Weitere jener Lehre und auf die daran sich knüpfenden Controversen ist hier nicht nothwendig einzugehen.

malus: eine Arglist des Klägers involvire, somit aber unter der Voraussetzung von solchem rechtswidrigen Vorsatze Seitens des Klägers in der That jedwede Einrede, für welche eine eigene exceptio gegeben ist, doch auch wieder als dolus malus und demnach je nach der Natur der betreffenden Klage bald durch defensio ipso iure, bald ope exc. doli mali sich zur Geltung bringen lasse:[1613])

Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 15): posse petitorem, antequam stipulatio committatur, nihil dolo malo fecisse, et tunc facere, quum petat;

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 36): competit exceptio, — si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet; cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petat; 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 2. § 5): dolo facit quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam et si inter praesentes nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat;

Paul. 6 ad Plaut. (D. L, 17, 173. § 3): dolo facit, qui petit, quod redditurus est; 14 ad Plaut. (D. L, 17, 177. § 1): nemo videtur dolo exsequi, qui ignoscat causam, cur non debeat petere.

Immerhin aber ist das Ergebniß aller jener Umwandelungsprocesse nicht dies, daß dadurch die alte honorarische exc. doli mali i. e. S.: wegen Arglist absorbirt würde, als vielmehr es tritt neben dieselbe eine neue, gleichnamige, civile Exception von wesentlich verschiedener Natur, wie weiterer Sphäre.

Auf der anderen Seite hat jedoch wiederum diese Ueberfülle der der exc. doli mali unterfallenden Defensionalmomente zu einem entsprechenden Verfahren geführt, wie solches bei der bon. fid. a. zu Tage trat (A. 1512): um der Defension des Beklagten einen höheren Grad von richterlicher Beachtung zu sichern, löste man aus jener Gesammtfülle wiederum einzelne Defensionalmomente heraus und gestaltete dieselben zu neuen und selbsteigenen

1613) Vgl. Schilling, Inst. § 78 a. § 117 Zus. 3. Rein, Pr. Rt. 790 A. 2. Keller, Civ. Pr. A. 384. Pand. § 93. Großkopff, Retentionsrt. 11 fg. Birkmeyer, Exceptionen 121 A. 22.

Exceptionen. Und dies nun geschah zu Ausgang dieser Periode mit der Einrede der nicht empfangenen Valuta gegenüber der Darlehnsklage, welche auf einen den Empfang derselben verbriefenden Schuldschein gestützt wurde, worauf man eine mit der exc. doli electiv concurrirende, in factum concipirte exc. non numeratae pecuniae fundirte,[1614]) die indeß bereits durch Caracalla im Jahre 215 eine völlige Umwandelung erfuhr, welche in § 147 im Näheren darzulegen ist.

Endlich treffen auch die beiden Principien der voluntatis und damni ratio in der Rechtsordnung bezüglich der solutio bei den durch solennen Rechtsact begründeten Obligationen zusammen, insofern dieselbe als Aufhebung der Obligation ebenso durch unsolennes actum, wie durch einen Act materieller Befriedigung des Gläubigers sich darstellt, und von beiderlei Gesichtspunkte aus nun die Rechtswissenschaft dieser Periode zu dem Satze gelangte, daß die Solution eine naturalis obligationis resolutio im Gegensatze zur civilis auch bei solennen Obligationen enthalte, auf Grund dessen nun dieselbe auch bei den letzteren allgemein als ipso iure wirkender Aufhebungsmodus anerkannt ward.[1614a])

§ 133.

Die condictiones ob causam.

Nach § 120 erhielt die gegenwärtige Periode die cond. ob caus. als eine ganz junge Rechtsschöpfung in doppelter Unterart überliefert: als cond. non debiti, wie als cond. ex iniusta causa, deren erstere auf den Thatbestand des non debitum accipere et

---

1614) So Ulp. 7 Disp. (D. XVII, 1, 29. pr.), 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 16); Sev. und Car. im C. Just. IV, 30, 1. Car. das. IV, 30, 2. 3. IV, 7, 1. vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 301; vgl. auch Gai. IV, 116a.

1614a) S. 340 und A. 1668; vgl. bei A. 1422a. Die Theorie von der naturalis und civilis resolutio bieten Pomp. 2 Ench. (D. XLVI, 3, 107), Marcian. ad form. hyp. (D. cit. 49). Der Entwickelungsgang ist sonach der: die solutio begründet anfänglich Gegenanspruch, somit Exception, und dann wird sie als Liberationsmodus aufgefaßt und wirkt somit ipso iure. Und den gleichen Entwickelungsgang durchlief auch die datio in solutum: Gai. III, 168.

per errorem solvere und deren letztere auf den Thatbestand des ex iniusta causa aliquid apud aliquem esse gestützt und so nun bereits auf die Fälle der causa non secuta, finita, turpis, wie furtiva verwendet worden war. Die gegenwärtige Periode nun widmete diesem Rechtsstoffe eine ebenso eingehende theoretische Untersuchung, wie fleißige casuistische Behandlung, welche vornämlich nach der doppelten Richtung hin sich bewegte, theils die Thatbestände der cond. ob caus. dogmatisch zu bestimmen und abzugränzen, theils das Klagobject derselben erschöpfend festzustellen.

In der ersteren Beziehung aber verfolgte die Rechtswissenschaft wiederum eine doppelte Aufgabe und zwar zunächst den von der vorigen Periode überlieferten zwiefältigen specifischen Thatbestand des non debitum acceptum und des ex iniusta causa aliquid apud aliquem esse auf einen allgemeinen generischen Thatbestand zurückzuführen und in solchem einheitlich zusammenzufassen. Und dies nun beschah in der Weise, daß man auch das non debitum apud aliquem esse dem Gesichtspunkte des ex iniusta causa apud aliqem esse unterstellte und so nun das letztere zum generischen Thatbestande der cond. ob caus. erhob. Und so daher wird bereits von Sabin. Jus civ. und Cels. Dig. solcher Thatbestand als ein ex iniusta causa esse aliquid apud aliquem bestimmt, während bei Jul. Dig., Afric. Quaest. und Ulp. ad Ed. dafür ein sine causa esse, endlich bei Ulp. ad Sab. und Marc. Reg. ein non ex iusta causa esse aliquid apud aliquem eintritt.[1615]) Und hieraus nun ist zu entnehmen, daß auch das edictum perpetuum in entsprechender Maaße den Thatbestand der cond. ob caus. einheitlich bezeichnete (Beil. XXI § XXIV).

Und sodann unterzog sich die Rechtswissenschaft wiederum der entgegengesetzten Aufgabe, die einzelnen Unterarten der cond. ob caus. je nach ihren specifischen Thatbeständen genauer, wie erschöpfender zu bestimmen, wobei nun einestheils das überlieferte non debitum in ein indebitum umgesetzt und auf eine falsa causa zurückgeführt, und anderntheils wiederum das ex iniusta causa apud aliquem esse der vorigen Periode völlig aufgegeben und je nach der besonderen Beschaffenheit des Vitium der causa in eine Mehrheit speciellerer Thatbestände aufgelöst wird. Im

1615) Voigt, Cond. ob caus. 290 fg. vgl. 298. A. 245.

Uebrigen aber erfolgt solche Durchbildung der cond. ob causam einestheils im Wege einer casuistischen Verarbeitung des Stoffes, wobei nun vielfach noch nach der Methode der älteren Interpretatio verfahren wird: indem man dem bereits der cond. theilhaften Thatbestande den in concreto erörterten individuellen Thatbestand um dessen Aehnlichkeit willen gleichstellt und so jener Klage theilhaft macht, so spricht man solche Gleichstellung im Wege der Analogie durch das überlieferte typische quasi (A. 436) aus, ein Verfahren, welches bemerkenswerther Weise die ganze gegenwärtige Periode hindurch sich fortsetzt und noch bei Ulp. und Paul., wie bei Sept. Sever. sich vorfindet. Und zwar sind die gegebenen Thatbestände, an welche solche Analogie anknüpft, theils das sine causa pervenire, somit der generelle Thatbestand der cond. ob caus. im Allgemeinen, theils das indebitum, somit die älteste Unterart derselben, theils endlich die res oder causa non secuta, somit diejenige Unterart, welche in Folge der Ausbildung der Innominatcontracte (§ 126) eine besonders hervorragende Stellung gewann, während wiederum vornämlich die cond. causa finita es ist, die bald auf den Gesichtspunkt des quasi sine causa datum, bald des indebitum, bald des quasi ob causam datum zurückgeführt wird.[1615a])

Anderntheils unterzieht sich die Rechtswissenschaft aber auch der Aufgabe, in umfassenden Systemen die verschiedenen Unterarten der cond. ob causam nach Maaßgabe der specifischen Beschaffenheit des Vitium der causa unter dogmatischen Gesichtspunkten zusammenzufassen, in Reihen zu ordnen und so nun durch Aufstellung von erschöpfenden Classificationen die Theorie von jenen Klagen sicher zu fundiren, wie exacter zu präcisiren. Und indem nun, wie obbemerkt, bereits die vorige Periode ihre cond. ex iniusta causa auf die Fälle der causa non sec., finita, turpis und furtiva angewendet hatte; indem sodann die Sabinianer daneben noch den Thatbestand der cond. sine causa stellten;[1616])

1615a) Voigt, a. O. A. 245. 548.

1616) Voigt, a. O. 745 fg.; vgl. § 126. Den älteren Proculianern gehört nur Lab. bei Pomp. 21 ad Sab. (D. XLVI, 3, 19) an, wo jedoch der theoretische Gesichtspunkt der Entscheidung nicht mehr zu erkennen ist: Voigt, a. O. 754.

so sind es sonach fünf, resp. sechs solcher specifischer Thatbestände, welche die Theorie dieses Zeitalters vorfand: das indebitum oder die falsa causa, die turpis causa, causa non sec., finita und furtiva,[1617]) wie endlich die nulla causa der Sabinianer. Und hierauf nun stützt zunächst Ulp. ad Sab. und ad Ed. eine Classification, welche ihre Obereintheilung daraus entnimmt, ob das non ex iusta causa esse aliquid apud aliquem gleich von Anfang an in dem Vermögenserwerbe sich consummirte oder aber erst späterhin dazutrat, und welche nun der ersteren Classe die falsa, improba oder turpis, furtiva und etwa auch nulla causa, der letzteren Classe dagegen die non secuta und finita causa unterordnet. Dagegen wieder Pomp. ad Qu. Muc. und Paul. ad Sab. unterscheiden zwischen mangelhafter res, wo die Fehlerhaftigkeit der causa in der betreffenden Vermögensleistung (res) selbst liegt, darunter die turpis res und die honesta res, propter quam datum est, non secuta ordnend, und zwischen mangelhafter causa, wo die Fehlerhaftigkeit der causa nicht in der Vermögensleistung an sich, sondern in dem obligatorischen Verhältnisse (causa) liegt, dessen Solution jene Leistung bildet, darunter die falsa und die finita causa stellend.[1618])

1617) Die entsprechenden Condictionen sind insgesammt nachweisbar bereits bei Cels. Dig.: Voigt, a. O. A. 226a. Ich selbst habe a. O. 490 den Ausdruck cond. causa data causa non sec. dahin erklärt: condictio, quae nascitur ex causa non secuta id, quod ob causam datum est; dann habe ich dem in A. 440 die Paraphrase gegenübergestellt, welche gegeben wird von Witte, Bereicherungskl. 63 A. 14: „Die condictio, welche dann begründet ist, wenn die Vorleistung gegeben, die Gegenleistung aber nicht erfolgt ist;" und endlich habe ich an diese Deutung Witte's die Bemerkung geknüpft: „hierdurch wird somit z. B. die Ehe für eine Gegenleistung erklärt, in die Rechtsquellen aber die ganz neue Ausdrucksweise causam dare im Sinne eines Leistens der causa eingeführt!" Diese meine Erwiederung, daß causam dare nie in den Quellen „eine causa leisten" bezeichne, wird nun von Witte in Schletter's Jahrb. X, 6 fg. zu der Insinuation benutzt, ich habe das Vorkommen der Wortverbindung causam dare überhaupt geleugnet, weil nicht gekannt. Ich constatire einfach diese Thatsache, die im Uebrigen zur Characterisirung jener Antikritik genügt: ihrer Tendenz, wie der dafür verwendeten Mittel. Zugleich aber constatire ich auch, daß man von gewisser Seite auf jenen Aufsatz Witte's, gleich als auf eine Autorität, mit geflissentlicher Vorliebe sich beruft.

1618) Voigt, a. O. 291 fg. Von ganz anderem Gesichtspunkte endlich geht aus das System von Paul. ad Plaut., worüber s. das. 296.

Allein wie hiernach keines jener Systeme einheitlich von der Wissenschaft adoptirt ward, so gelangte die letztere auch zu keiner allgemein recipirten technischen Bezeichnung der verschiedenen Unterarten der condictiones als ob caus. und lediglich die Benennungen cond. furtiva oder ähnlich und actio, condictio indebiti oder indebita, sowie der Ausdruck causa oder re non secuta sind es, die als allgemeiner übliche technische Bezeichnungen in der gegenwärtigen Periode hervortreten[1619]. Vielmehr ergiebt sich aus allen jenen Thatsachen auf das Deutlichste, wie während der gegenwärtigen Periode jener Lehrstoff noch in dem vollen Flusse seines Gestaltungsprocesses begriffen ist und lediglich allmählig in der Hand der Rechtswissenschaft, wie der kaiserlichen Legislation zu einer schärferen und bestimmteren Ausbildung sich consolidirt[1620]. Allein inmitten aller jener Verschiedenheit und allen

---

1619) Voigt, a. O. 298 fg.

1620) Voigt, a. O. 304. Im Einzelnen bieten die Quellen manches bemerkenswerthe Material, so z. B. Ulp. 36 ad Ed. (D. XXV, 1, 5. § 2): s. A. 1268; dann wieder in Bezug auf die lex Cincia, welche, ursprünglich lex imperfecta, von der Rechtswissenschaft durch Anwendung der cond. ob ini. caus. auf die donatio immodica insoweit in eine lex perfecta, dagegen bezüglich der Sachwalter-Honorore von August in eine lex plus quam perfecta umgewandelt wurde: A. 1183, Voigt, a. O. A. 141 fg. 472 S. 629 fg.; dann wieder in der Umwandelung der a. vi bon. rapt. in eine poenalis: Jul. 12 Dig. bei Ulp. 38 ad Ed. (D. XIII, 1, 10. § 1), Gai. IV, 8. Pap. 12 Quaest. (D. XLVII, 2, 80. § 3. 4), Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 1. § 1), 18 ad Sab. (D. XIII, 3, 2), während eine andere Ansicht dieselbe für mixta erklärte: Paul. 5 Sent. (D. XXXIX, 4, 9. § 5), Gord. im C. Just. IX, 33, 1. J. Just. IV, 2. pr. IV, 6. § 19; ingleichen in der Umwandlung der a. furti in eine poenalis durch Schaffung der cond. furtiva: denn daß diese letztere Product jüngerer Rechtsbildung ist, ergeben zunächst Gai. IV, 4: odio furum — effectum est, ut extra poenam dupli — — fures ex hac actione etiam teneantur „si paret eos dare oportere", worin deutlich genug besagt ist, daß nicht bereits die XII Taf. eine cond. furt. kannten, sondern erst im Formularprocesse solche regelwidrige Klage geschaffen worden ist; sodann das Stillschweigen der zahlreichen, das furtum der XII Taf. behandelnden Quellen; nicht minder die Thatsache, daß die incerti cond. überhaupt erst eine junge Rechtsbildung ist: Beil. XIX § VII unter IV und A. 118; endlich der Umstand, daß von Vorn herein die cond. furtiva neben der a. furti manifesti doch ganz unmöglich ist, da letztere capital ist, neben der a. furt. nec man. aber gar keinen Raum findet, da das duplum der letzteren bereits den Schadenersatz inbegreift: A. 880; vgl. Krug, de cond. furt. § 2. Keller, Inst. 138, sowie im Allgemeinen A. 1750.

solchen Wechsels von Meinungen und Theorien wird unwandelbar und einstimmig das für solche Condiction maaßgebende Causalitätsverhältniß in jener gesetzvollen Ordnung anerkannt und festgehalten, welche, wie in § 81 dargelegt, im wirthschaftlichen Leben des Volkes sich ausprägend, die Stellung und Function des pecuniär differenten gegenüber dem Realisirungs-, wie dem solennen Geschäfte bestimmt. Wohl aber ward andererseits die theoretische Anknüpfung und die systematische Einordnung jener Condictionen, wie solche die vorige Periode in dem Realcontracte angenommen hatte (A. 1447 fg.), jetzt aufgegeben: man führte jene Klagen jetzt auf die Figur der obligatio quasi ex contractu zurück, so insbesondere Gai. 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5. § 3).

Was sodann die Bestimmung der cond. ob caus. nach Maaßgabe ihres Klagobjectes betrifft, so unterscheidet das System von Jul. Dig. das sine causa esse rem apud aliquem und das obligari, stipulari sine causa, und entsprechender Maaßen Ulp. ad Ed. und ad Sab. das non ex iusta causa esse rem apud aliquem und das promittere sine causa[1621]). Und indem hierin eine doppelte Classe von Condictionen anerkannt wird: die cond. rei, begründet durch rem pervenire ad aliquem, und die cond. obligationis, begründet durch obligari oder promittere, so ist nun hieraus zu folgern, daß solcher zwiefache Thatbestand der Condiction in dem edictum perpetuum ausgesprochen war (Beil. XXI § XXIV). Denn in der Praxis selbst ward neben jenen beiden Objecten auch die possessio, das ius d. i. das Servitutenrecht und die liberatio als geeignetes Klagobject anerkannt und dem entsprechend nun noch eine cond. possessionis, iuris, wie liberationis statuirt[1622]), während andrerseits auch wieder neben das dare oder promittere noch das omittere als Modalität der Bereicherung gestellt ward[1623]).

1621) Voigt, a. O. A. 226. S. 292. Auf Seiten des obligari ist jedoch der Thatbestand weit beschränkter, als auf Seiten des dare: denn dort greift wegen turpis causa Nullität Platz (A. 1624), die Condiction vielmehr nur wegen falsa causa.

1622) Voigt, a. O. § 47 fg. Neue Ansichten über die possessionis cond. trägt vor Bruns, die Besitzklagen § 16 fg.

1623) Voigt, a. O. 399. vgl. oben A. 1047. So z. B. Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXV, 3, 3. § 10): quae per errorem omissa vel soluta sunt, condici possunt; und im Besonderen Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 6, 22. § 1): qui

Endlich unter Caracalla tritt hierneben noch eine ganz eigenartige cond. cautionis, worauf in § 147 im Näheren zurückzukommen ist.

In Concurrenz mit jener Theorie von der cond. ob caus. stellt jedoch die gegenwärtige Periode noch eine andere Rechtsordnung, welche, von einem durchaus anderem dogmatischen Gesichtspunkte ausgehend, der Rescissibilität die Nullität substituirt und damit jener Klage selbst ihre Anwendbarkeit entzieht. Und dies wiederum ist der Fall bei zwei verschiedenen Gruppen von Thatbeständen, deren eine, durch die Beschaffenheit der Vitiosität der causa bestimmt, theils die donatio inter virum et uxorem, theils die auf Resolutivbedingung gestellte causa, obwohl diesfalls nur in gewissen Fällen, umfaßt, und deren andere wiederum durch die Beschaffenheit des Rechtsgeschäftes bestimmt wird, welchem die causa unterliegt, nämlich bei der Stipulation die iniusta, wie turpis causa[1624]) und in zwei isolirten Fällen auch die causa non sec.; bei der iurata promissio operarum die falsa causa; bei den cumulativ accessorischen Rechtsgeschäften die durch die ipso iure eingetretene Aufhebung der bezüglichen Hauptobligation gegebene finita causa; bei hypotheca, wie pignoris datio die nach dem Gesichtspunkte der cond. ob caus. relevante vitiöse Beschaffenheit des pactum conventum hypothecae und de pignore dando; bei con-

---

iter excipere deberem, fundum liberum per errorem mancipio dedi (Trib.: tradidi), incerti condicam, ut iter mihi concedatur, und dergl. s. a. O. 332 fg.; Ulp. 18 ad Sab. (D. VII, 5, 5. § 1): omissam cautionem posse condici incerti condictione und dergl. s. a. O. 356 fg.; Jul. 39 Dig. (D. XXX, 1, 60): quodsi nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competit, quasi plus debito solverit, und dergl. s. a. O. 643 fg. Arndts, Pand. § 341, 2 leugnet diesfalls cond. indebiti, ohne jedoch anzugeben, welche cond. ob caus. für den Fall solcher per errorem beschehenen Vermögensleistung Platz greifen soll; im Uebrigen ist eine derartige pure Negation schwer verständlich, da doch die entgegenstehende Affirmative bereits genügend bewiesen war von Heimbach in Ztschr. f. Civilr. und. Proz. N. F. 1849. VI, 73 fg.; im Weiteren vgl. Voigt im Arch. f. civ. Pr. LIV, 75. A. 95. — Beiläufig bemerke ich noch wider Arndts a. O. § 341 A. 7, daß mein Ausspruch a. O. A. 562 vom Irrthume handelt, die Entgegnung von Arndts dagegen vom Zweifel handelt, ich aber mit den Quellen zwischen error und dubium scheide.

1624) Die Nichtigkeit solcher Stipulation wird auf das Edict Pacta conventa (§ 117) gestützt von Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 5. § 16).

stitutum debiti, pactum de non petendo, transactio, hypotheca und pignoris datio die iniusta, turpis, wie falsa causa, welche in der entsprechenden Beschaffenheit der Hauptobligation gegeben ist; endlich bei Rechtsgeschäften, welche den Erwerb oder die Ausschlagung des Erbrechtes oder Rechtes auf das Legat vermitteln, die vitiöse causa im Allgemeinen[1625]).

Endlich ward aber auch der neue doctrinelle Begriff der causa dazu benützt, um die jüngeren accessorischen Rechtsgeschäfte in Abhängigkeit zu stellen von der Existenz der principalen Obligation, zu welcher jene hinzutreten und in der dieselben jene causa gewinnen[1626]). Und dies nun ist im Gegensatze zu receptum argentarii, sponsio, fidepromissio und vadimonium (A. 1182) der Fall bezüglich der fideiussio[1627]), des constitutum debiti[1628]), wie der hypotheca und pignoris datio[1629]).

§ 134.

Die actiones rescissoria und restitutoriae. Die actiones utiles ex contractu vel quasi und ex delicto auf id quod pervenit und quanto locupletior factus est.

An die a. rescissoria, wie solche aus der Hand der vorhergehenden Periode hervorgegangen war (§ 121), knüpft der gegenwärtige Zeitraum eine Mehrzahl von verwandten Rechtsordnungen, welche einer dreifältigen Richtung anheimfallen: zuvörderst wird die Anwendbarkeit jener Klage selbst erweitert theils

---

1625) Vgl. über diese Fälle Voigt, a. O. § 69 und über den letzten insbesondere Dens. im Arch. f. civil. Pr. LIV, 30. 37.

1626) Voigt, a. O. § 26. 54. 59. vgl. das. S. 441 fg.

1627) Voigt, a. O. A. 350.

1628) Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 5. § 2), Justinian im Cod. IV, 18, 2. pr., wo solches Erforderniß dahin extendirt wird, daß auch das constitutum desjenigen debitum nichtig ist, gegen welches der Prätor exceptio giebt: Pomp. bei Ulp. cit. (D. cit. 3. § 1), wogegen obligatio naturalis genügt: Ulp. cit. (D. cit. 1. § 7).

1629) Schilling, Inst. § 204 h; vgl. Dernburg, Pfandr. § 66 fg., der diesen Satz nicht anerkennt und in § 69 die Constituirung des Pfandrechtes ohne Existenz einer Pfandschuld für möglich erklärt. Davon verschieden ist die auf die Suspensivbedingung der künftigen Entstehung einer Obligation gestellte Constituirung des Pfandrechtes.

durch die Aufnahme der bezüglichen clausula generalis in das edictum perpetuum, theils durch die Erstreckung derselben auf neue Modalitäten das Rechts-Erwerbes oder -Verlustes (A. 1454); sodann wird solche rescissoria auf den Fall des Verlustes der hereditas durch usucapio lucrativa sogar ohne das Erforderniß einer Behinderung der Rechtsverfolgung durch ein S. C. Hadrians bei Gai. II, 57 übertragen und somit diesfalls her. pet. rescissa usucapione gegeben, während das Edict Quorum bonorum in Dig. XLIII, 2, 1. pr. hierin sogar noch weiter geht und, die Usucapion geradezu als nichtig behandelnd, directum interdictum und ohne Fiction ertheilt; und endlich ward, wofür bereits die vorige Periode mit ihrer Uebertragung der rest. i. int. auf die circumscriptio minorum einen Vorgang bot[1630]), die a. rescissoria unter der Benennung restitutoria auf Thatbestände erstreckt, welche dem gleichen Gesichtspunkte einer darin belegenen Verletzung des Princips nemo cum damno alterius locupletior fieri debet unterfallen: theils auf die Fälle der cap. dem. minima und media, theils auf vis, dolus malus und error.

Was zunächst nun die restitutoria wegen cap. dem. betrifft, so tritt diese Klage zu Tage als ein Product der neuen, diese Zeit bestimmenden Anschauungen und Ideen (Thl. II § 88) und als ein treues Zeugniß und Spiegelbild derselben. Denn während in ältester Zeit parallel mit der cap. dem. minima, welche den Uebergang vom Vermögen des deminutus auf den neuen Gewalthaber zur Folge hat, die Güter des der Civität Verlustigen bonum vacans werden[1631]); während sodann seit Entstehung des ius gentium dann, wenn mit der cap. dem. nicht zugleich Vermögensconfiscation verbunden ist, die auf demselben beruhenden vermögensrechtlichen Verhältnisse des deminutus in Bestand verbleiben, abweichend hierin von der Rechtsordnung der cap. dem. minima, dagegen die auf das ius civile gestützten Beziehungen ihren Untergang finden (A. 1139 fg.); so wird nun durch jene

---

1630) Ofil. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 16. § 1). Die gegenwärtige Periode extendirte jedoch das Edict auf Fälle, wo der Mitinteressent des minor nicht durch die circumscriptio des letzteren bereichert ward.

1631) Thl. II A. 26; vgl. Huschke, Nexum A. 229. Im Uebrigen vgl. § 93.

restitutoria eine durchgreifende Abänderung jener bisherigen Rechtsordnung herbeigeführt. Denn indem solche Klage die Eigenthümlichkeit an sich trägt, im Gegensatze zu den anderen Fällen der rest. i. int. weder an besondere Beschränkungen, noch insbesondere an causae cognitio oder an die Verjährungsfrist gebunden zu sein, so vollzog sich in derselben, wie Savigny, Syst. II, 83 sehr treffend bemerkt, „in der That eine practische Aufhebung des alten Rechtssatzes, nur versteckt unter der Form einer Restitution, gewissermaaßen aus Respect gegen das alte Civilrecht.“ Allein da die Aufhebung jener alten Rechtsordnung doch wieder nicht direct, sondern nur auf dem Umwege der Fiction erfolgte, so griff man für die theoretische Fundirung dieser neuen Ordnung zu dem Satze, daß die cap. dem. eine obligatio naturalis zurücklasse[1632]).

Im Uebrigen steht neben der a. restitutoria wegen cap. dem. min. als fraglich die derselben zeitlich vorausgehende a. de peculio ex ante gesto wider den neuen Gewalthaber, welche von den Sabinianern negirt, von den Proculianern aber zugelassen wurde[1633]).

Dahingegen die restitutoria[1634]) wegen vis und dolus nimmt eine durchaus andere theoretische Stellung ein: dieselbe greift nur wegen dringenderer Utilitätsrücksichten und so nun lediglich in drei Fällen des Rechtsverlustes durch Rechtsgeschäft oder Litiscontestation Platz, theils nämlich im Falle der so beeinflußten repudiatio hereditatis[1635]), wo die a. quod met. c. und de dolo nicht die gleiche Sicherheit pecuniärer Befriedigung gewähren, wie die restitutorischen erbschaftlichen Klagen; theils dann, wenn die Liberation von einer Obligation auf jene Weise herbeigeführt worden ist, welchenfalls nun die a. quod met. c. und de dolo auf Redintegrirung der aufgehobenen Obligation sich richten und dann erst im Nothfalle aus der letzteren anderweit die gewöhnliche Klage auf deren Erfüllung zusteht, daher nun zur Vermeidung solcher lästigen Häufung von Rechtsmitteln die a. quod met. c. oder de dolo mit

1632) Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 5, 2. § 2).

1633) Ulp. 12 ad Ed. (D. XV, 1, 42); vgl. Böcking zu Gai. III, 84. Burchardi, Lehrb. § 250, 15.

1634) Wegen dieser a. restitutoria vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 83. — Schliemann, Zwang 56 giebt in den Fällen von A. 1635. 1637 a. ficticia des Bon. Poss. und Publiciana; allein dies widerstreitet den Quellen.

1635) Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 6); vgl. A. 1592.

der Klage aus dem restituirten Contracte zur Einheit der restitutoria zusammengezogen wird[1636]; theils endlich dann, wenn durch vis die Aufgabe eines dinglichen Rechtes herbeigeführt worden ist, wo nun dem Gezwungenen ausreichendster Schutz durch restitutoria rei vindicatio mit ächt dinglichem Character, im Falle des dolus malus aber gleiche Klage, obwohl lediglich in personam ertheilt wurde[1637].

Und sodann wiederum die restitutoria wegen error greift Platz im Falle des Verlustes eines Klagrechtes durch Litiscontestation, und so zwar bei Klage wider den Pupillen, dafern ein falsus tutor seine Auctoritas für die Lit. Cont. ertheilte, nach Maaßgabe des Edictes in Dig. XXVII, 6, 1. § 6, oder dafern der Kläger bei Klage von adjecticischer Qualität dieselbe nicht auf das richtige Repräsentationsverhältniß fundirt hat[1638].

Endlich die restitutoria wegen minor aetas wird von der Theorie auf den Thatbestand der circumscriptio minoris (A. 1409) im Geschäftsverkehre (gerere) gestützt und ist sonach ein auf ius speciale beruhendes Rechtsmittel wegen dolus malus (Arglist: A. 1591), welches demzufolge eine nur untergeordnete Bedeutung für die Geschichte des betreffenden Principes hat.

Neben die a. restit. wegen dolus malus insbesondere tritt überdem bei Rechtsverlust durch Richterurtheil noch das Verfahren, die verlorene Klage als directa zu ertheilen und der exc. rei iudicatae die replicatio doli oder in fact. conc. entgegenzustellen[1639],

1636) Afric. 7 Quaest. (D. XLVI, 3, 38. § 4) u. a. m. s. A. 1216; Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 9. § 4), sowie Proc. bei Jul. 4 ad Urs. Fer. (D. XI, 1, 18), wozu vgl. A. 1701. Gleiche Tendenz der Vereinfachung der Rechtsmittel bekundet Proc. 7 Ep. (D. XII, 6, 53). Wegen der a. quod met. c. und de dolo auf Restitution der aufgehobenen Obligation s. Voigt, Cond. ob caus. A. 306.

1637) Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 9. § 4. 6); Gord. im C. Just. II, 20, 3. — Diocl. das. IV, 44, 10.

1638) Pomp. 30 ad Ed. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 3). — Jul. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIV, 3, 13. pr.). Und danach ist auch restitutoria vorauszusetzen bei Lab. in Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 2, 1. § 10), Ulp. 75 ad Ed. (D. XLIV, 2, 11. pr.); vgl. A. 1701, sowie Voigt im Arch. f. civ. Pr. LIV, 236 unter B 1—4.

1639) Vgl. hierüber Voigt, Cond. ob caus. A. 728; so replic. doli bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 25); replic. in fact. conc. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 9); endlich diese oder jene bei Hadr. in Call. 5 Cogn. (D.

während endlich bei vis, dolus malus, wie error im Falle des Rechtsverlustes, der durch Verlust von Rechtsmitteln auf andere Weise, als durch Lit. Cont. und resp. Urtheil herbeigeführt wird, wie in vereinzelten anderen Fällen neben das obige Verfahren auch rest. i. int. im Wege reiner extraordinaria cognitio sich stellt [1740]).

Hiernächst sodann die a. utilis ex delicto auf id quod pervenit nimmt civilrechtlich ihren Ausgang von der cond. ex lege repetundarum mit ihrer Richtung wider den dritten Besitzer auf id quod pervenit (§ 121), eine Ordnung, welche, wenn auch nicht durch, so doch auf Grund des augusteischen Edictes (§ 116) auf die a. quod met. c. in der Weise übertragen wurde, daß diese Klage als directa auch wider den dritten Besitzer, obwohl späterhin nur auf quanto locupletior factus est gegeben wurde (§ 92 unter III, 1. vgl. A. 1637), wobei jedoch, wie Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 5) bezeugt, solche Extension wider den bon. fid. possessor erst in dem Zeitalter Tibers von Vivian postulirt ward.

XLII, 1, 33). Daneben bleibt aber die a. de dolo zulässig: Jul. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 20. § 1), die allein bei proclamatio ad libertatem möglich ist: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 24).

1640) Verlust von Rechtsmitteln bei error: Voigt im Arch. f. civ. Pr. LIV, 236 fg. unter A, B 5. 6, C—F, sowie unten A. 1701; bei vis und dolus malus vgl. Marcell. 3 Dig. (D. IV, 1, 7. § 1) und im Besonderen Jul. 2 Dig. (D. II, 10, 3. § 1), sowie Pomp. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 6), wo wiederum Trebat. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 4) nur a. de dolo kennt; dagegen nicht von restit. i. int., sondern von denegatio actionis wegen liquider Nullität (A. 1624) handelt Pomp. 28 ad Ed. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 5). Sodann gleiche Restitution bei error theils im Falle des Antrittes einer überschuldeten Erbschaft Seitens eines miles, theils im Falle der Nichterfüllung einer im Testamente gesetzten Potestativbedingung in Folge einer Unkenntniß derselben, die durch eine dem S. C. Silanian. entsprechende Verzögerung der Testamentseröffnung veranlaßt ist: Voigt, a. O. 60. 201.; sodann wegen vis und dolus mal. bei hered. aditio, wo benefic. abstinendi gegeben wird: Pap. 30 Quaest. (D. XXIX, 2, 85), Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 5), sowie nach Einigen bei manumissio: Pomp. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 9. § 2); s. A. 1592. Im Allgemeinen vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 727. — Gegenüber allen den Fällen, wo nach dem Obigen wegen dolus mal. rest. i. int. Platz greift, wird an der Subsidiarität der a. de dolo festgehalten: Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 6), Marcell. 3 Dig. cit., Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 25).

Und auf gleichen Grundgedanken beruht auch die a. Pauliana utilis mit ihrer Richtung auf das quanto locupletior factus est (A. 921).

Und zwar wird der in jener Klage ausgeprägte leitende Gedanke in die Parömie gekleidet: sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facère, si quid ex ea re ad eum pervenisset oder ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet oder insbesondere: in alterius praemium verti alienum metum non oportet[1641]), und so nun zuerst nach der Richtung hin weiter entwickelt und verwendet, daß gewisse honorarische Delictsklagen mit Einschluß der a. quod met. c. und de dolo als utiles auch wider den Erben des Delinquenten auf id quod pervenit ertheilt werden (§ 92 unter II A). Denn so ward diese Rechtsordnung, welche insbesondere dem Edicte des Lucullus v. J. 678 über die a. vi. bon. rapt. noch fremd ist (A. 1113), aber bereits in den leges Juliae peculatus von 664 und repetundarum von 695 bezüglich der litis aestimatio peculatus, de residuis und repetundarum aufgestellt wird (A. 1459), durch das augusteische Edict auf die a. quod met. c. übertragen (§ 116) und wiederum durch den Prätor C. Cassius Longinus, cos. v. J. 30 für die dem interd. fraudatorium parallele a. in factum eingeführt[1642]), während gleichem Zeitalter auch die entsprechende Extension des interd. de opere restituendo, der a. vi bon. ademtorum adv. publicanos, wie der a. tributoria angehört[1643]).

Und gleichem Zeitalter gehört auch an die Ertheilung der honorarischen Delictsklagen mit Einschluß der a. quod met. c. und de dolo wider den Delinquenten selbst nach Ablauf der Verjährungszeit (§ 92 unter I), welch ein zwiefacher Anwendung auftritt:

1641) Pomp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 38); Ulp. 67 ad Ed. (D. L, 17, 149); 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 5).

1642) S. § 92 unter II A b und dazu Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.). Irrig ist, wenn Huschke in A. 1414 cit. 126 diesen Cassius mit Jenem identificirt, der das Edict Pacta conventa zuerst proponirte: A. 1414.

1643) Alle drei sind dem Lab. bekannt: Ulp. 71 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 20. § 8), Paul. 52 ad Ed. (D. XXXIX, 4, 4. pr.), Ulp. 29 ad Ed. (D. XIV, 4, 9. § 2). Andere derartige Extensionen sind wieder weit jünger: s. A. 1115, sowie Lab. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 9), der die a. adversus falsum tutorem wider die Erben schlechthin negirt.

theils bei den Interdicten als a. utilis auf id quod pervenit, wo sie anfänglich durch einzelne Edicte speciell proponirt[1644]), alsbald aber und so zwar bereits von Sab. bei Paul. 67 ad Ed. (D. XLIII, 1, 4) und von Cassius (A. 1643) für alle Interdicte generalisirt und später auch auf die a. de dolo übertragen wird; theils bei den übrigen honorarischen Delictsklagen mit Einschluß der a. quod met. c. als a. directa auf simplum, wo sie zuerst durch das augusteische Edict für die letztere Klage (§ 116) und dann auch für andere Klagen besonders proponirt, bereits von Cassius aber (A. 1643) für alle solche Delictsklagen generalisirt wird.'

Nicht minder gehören dem gleichen Zeitalter an ebenso die a. ex delicto de in rem verso und de peculio auf id quod pervenit (§ 92 unter II B), welche bereits von Lab. bei Ulp. 29. 66 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12. XLII, 8, 6. § 12) gegeben wird[1645]), als auch die a. utilis ex delicto auf quanto locupletior factus est wider den Pupillen oder furiosus aus dem delictischen Gebahren des Tutor oder Curator (§ 92 unter II D), welche bereits dem Sab. bei Pap. 20 Quaest. (D. XXVI, 9, 3) bekannt ist, während erst nach dem Vorbilde dieser Klage die a. utilis ex delicto auf id quod pervenit wider die juristische Person und den Mandanten aus dem Delicte des Repräsentanten (§ 92 unter II C) geschaffen wird, demgemäß daher deren früheste Erwähnung erst bei Pomp. in Ulp. 10 ad Ed. (D. XLIII, 16, 4) sich vorfindet.

Endlich die a. utilis ex contractu vel quasi auf quanto locupletior factus est wider den Pupillen oder furiosus auf Grund der Bereicherung desselben auf Unkosten des Mitcontrahenten durch ein ohne Beitritt des Tutor oder Curator abgeschlossenes Rechtsgeschäft (§ 91) ward eingeführt durch ein Rescript von Antoninus Pius[1646]) und erlitt somit niemals Anwendung auf die in tutela

1644) So bezüglich der dem interd. fraudatorium parallelen a. in factum nach Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 24), daher zweifelsohne von C. Cassius in A. 1642; vgl. Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.): in honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum.

1645) Vgl. dens. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIV, 3, 5. § 8 fg.). Dagegen kennt hier nur exc. Ofil. bei Paul. 6 ad Ed. (D. II, 10, 2): dandam mihi exceptionem adversus dominum, ne ex dolo servi dominus lucretur.

1646) Ulp. 10. 28 ad Ed. (D. III, 5, 3 § 4. XIII, 6, 3. pr.), 4 ad Sab. (D. XXVI, 8, 1. pr.), Paul. 1 Quaest. (D. III, 5, 34).

mulierum stehende Frau (Beil. XXI A. 120 fg.), wogegen wiederum aus derselben die Klage wider den Gewalthaber aus dem von dem unmündigen Gewaltuntergebenen abgeschlossenen, dessen Peculium bereichernden Rechtsgeschäfte entwickelt wurde (A. 1108).

§ 135.

Die Ausgleichung der lites mit den condictiones.

Der Untergang der leg. a. sacr. in personam, welcher in der gegenwärtigen Periode sich vollzog, entkleidete die lites ihrer processualischen Eigenthümlichkeiten, dieselben dem Formularprocesse der lex Aebutia und des ius gentium unterstellend und im Besonderen der Klagformeln der condictiones theilhaft machend. Und indem damit zugleich die Voraussetzungen und Unterlagen hinwegfallen, auf welche die vorhergehende Periode die Eintheilung von lites, iudicia und arbitria gestützt hatte (Beil. XX § II), so wird nun an deren Stelle die neue Classification von stricti iuris und bon fid. actiones gesetzt (A. 1486) und dabei in jenem ersteren Eintheilungsgliede die lis und die condictio zur Art-Einheit zusammengefaßt (§ 125). Allein wie berechtigt immerhin solche einheitliche Zusammenfassung um deßwillen war, weil in dem principiellen Gegensatze von aequitas und rigor, der das fundamentum dividendi jener Eintheilung ergiebt, die lites in der That gemeinsam mit den condictiones auf Seiten des rigor stehen und so einen gleichen Gegensatz zu den bon. fid. actiones ergeben, so vollzieht sich doch andrerseits in der Setzung von jenem Eintheilungsgliede von Vorn herein lediglich eine Coordinirung der lites mit den condictiones unterhalb des Gattungsbegriffes des stricti iur. a., nicht aber eine Einordnung der lis in die condictio, eine Thatsache, die schon daraus sich ergiebt, daß den specifischen und correspondirenden Gegensatz zur bon. fid. a. nicht die condictio, als vielmehr die stricti iur. a. bildet[1647]). Vielmehr stellte sich solcher Einordnung auf Seiten des Civilrechtes der Umstand entgegen, daß in der That zwischen den lites und den condictiones gewisse historisch über-

1647) S. A. 1486; und so z. B. auch Theoph. Par. IV, 13, 3: τὸν κονδικτίτιον, στρίκταν οὖσαν τὴν ἀγωγήν.

lieferte, civilrechtliche Verschiedenheiten obwalteten, welche, durch jene processualischen Reformen nicht betroffen, practisch, wie theoretisch von solcher Wichtigkeit waren, daß sie Bedenken erregen mußten, die lites ohne Weiteres für condictiones zu erklären. Dahingegen auf Seiten des Proceßrechtes, indem, wie bemerkt, die lites den Formeln der condictiones überwiesen werden, ergab sich hiermit wiederum die Consequenz, daß die lites in Wahrheit condictiones seien. Hierin allenthalben war somit ein Widerspruch gegeben, welchen nun die gegenwärtige Periode auf dem Wege löste, daß man den Ausdruck condictio, welcher von Alters her Artbezeichnung der Klage ebenso im civilrechtlichen, wie im proceßrechtlichen Sinne war, somit ebensowohl das Klagrecht, wie die Klag- und Proceßformel in ihren specifischen Eigenthümlichkeiten characterisirte (§ 98. Thl. II, 240), fortan auf die letztere Beziehung allein beschränkte und somit nur noch in der Bedeutung der Artbezeichnung der Klagformel oder Klage im processualischen Sinne beibehielt[1648]), dagegen die Vertretung einer Classe von Klagrechten oder Klagen im civilrechtlichen Sinne demselben gänzlich entzog, indem in letzterer Beziehung vielmehr der Ausdruck stricti iur. a. fortan allein verwendet wurde, sonach aber die alten lites und condictiones civilrechtlich nur noch stricti iur. actiones, processualisch aber gleichmäßig condictiones sind.

Andrerseits griff gleichzeitig auch die Rechtswissenschaft mit reformatorischen Theorien ein, um eine Ausgleichung der überlieferten civilrechtlichen Verschiedenheiten zwischen den alten lites und condictiones in den wichtigsten Punkten zu vermitteln. Und zwar walteten diese civilrechtlichen Unterschiede selbst von Alters her ob theils bezüglich der Haftung des Debitor in dem Falle der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte bei debitum von res non fungibilis, theils bezüglich der Ordnung im Falle der mora accipiendi, wozu dann

---

1648) So Gai. IV, 18: condictionem dicimus actionem in personam, qua intendimus Dare nobis oportere; J. Just. IV, 6, 15. Theoph. in h. l. und so im Einzelnen z. B. Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 9. pr. § 1): certi condictio competit — ex legati causa. Nicht alle stricti iur. actiones sind condictiones: so ist die a. fideicommissi das Erstere (A. 1675), nicht aber auch das Letztere, indem sie extra ordinem geht.

endlich noch die durch das edictum de eo quod certo loco begründete Differenz trat.

Zunächst nun die letzte Verschiedenheit ward von der Rechtswissenschaft ausgeglichen: dieselbe übertrug die durch jenes Edict für die Stipulation und die mutui datio gesetzte Rechtsordnung (§ 119) theils auf die übrigen condictiones, so auf a. de constituta pecunia (A. 1432), theils aber auch auf die alten lites und so namentlich auf a. legati per damnationem, wie Paul. 28 ad Ed. (D. XIII, 4, 5) bezeugt.

Sodann aber in Bezug auf die mora accipiendi, welche innerhalb des Condictionenrechtes den Debitor ipso iure liberirte (bei A. 1217), während nach XII Tafelrechte derselbe nur dann liberirt wird, wenn er vergeblich eine denuntiatio wegen Abnahme des Schuldobjectes an den Gläubiger gerichtet hatte, ohne dieses dagegen ohne irgend welche Modification seiner Verbindlichkeit verhaftet verbleibt (bei A. 1172), erfolgte eine civilrechtliche Ausgleichung solcher Differenz lediglich innerhalb der Sphäre der certi cond. und dies zwar auf Grundlage der Rechtsordnung der XII Taf. (A. 1687), ohne jedoch von dauerndem Bestande zu sein, da bereits im Zeitalter Hadrians eine Uebertragung des Rechtes der bon. fid. negotia auf das Damnationslegat bewerkstelligt wurde (A. 1679), während im Uebrigen bei der certi cond. jene andere Rechtsordnung in Geltung sich behauptete. Dagegen innerhalb der Sphäre der trit. cond. erfolgte solche Ausgleichung gar nicht[1649]).

Endlich hinsichtlich der Verhaftung des Debitor von res non fungibilis im Falle der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, welche nach XII Tafelrecht eine unbedingte ist d. h. ebenso im Falle casueller, wie verschuldeter Verkümmerung der Solution Platz greift (bei A. 1174), dagegen nach dem Condictionenrechte eine nur bedingte ist d. h. nur dann eintritt, wenn der Debitor durch seine culpa in faciendo die totale oder partielle Unmöglichkeit der Solution herbeiführte, wogegen derselbe bei jedweder andersartigen Verkümmerung der

---

1649) Während auf die a. legati per damn. das Recht der bon. fid. negotia übertragen wurde: A. 1679, blieb bei den übrigen Rechtsverhältnissen der cond. trit. die alte Rechtsordnung in Geltung: A. 1688.

Solution ipso iure liberirt wird (bei A. 1213), verfolgte die Rechtsentwickelung gleichfalls die Richtung, eine Ausgleichung der gegebenen Verschiedenheiten durch eine Reform der für die lites überlieferten Rechtsordnung herbeizuführen, eine Thatsache, welche namentlich hinsichtlich des Damnationslegates in den Quellen uns bekundet wird.

Und zwar schlug die Rechtswissenschaft hierbei den doppelten Weg ein, einestheils auf das Damnationslegat die Rechtsordnung der Stipulation ohne Weiteres zu übertragen, anderntheils aber auch für beide Rechtspartieen eine gemeinsame, neue Ordnung aufzustellen.

Zunächst nun nach dieser letzteren Richtung hin entlastet die Theorie beim Damnationslegate den Debitor von der Verhaftung für die schuldige Leistung insoweit, als ohne dessen Thätigkeit: bei einem non facere desselben die Unmöglichkeit der Solution eintrat, während sie insoweit denselben verhaftet sein läßt, als durch sein facere solche Unmöglichkeit herbeigeführt ward, gleichgültig im Uebrigen, ob solchem facere eine Verschuldung zu Grunde lag oder nicht, so daß daher auch derjenige Zufall, welcher in einer unzurechenbaren Thätigkeit des Debitor bestand, somit also dessen unverschuldete Vereitelung der Solution durch ein facere, denselben nicht von seiner Verbindlichkeit befreite. Diese Theorie aber, welche sich in ihren maaßgebenden Kategorieen auf das Genaueste an die leitenden Gesichtspunkte des ältesten römischen Rechtes anschließt, indem sie, wie jenes beim Proceßdelicte der temeritas litigii (§ 77), an einen rein objectiven Thatbestand die Rechtswirkungen anknüpft und von dem subjectiven Thatbestande einer Verschuldung, sei dies Dolus, sei es Culpa, völlig abstrahirt, wird in unseren Quellen vertreten von Julian[1650]) und Marcian, und so zwar von

Jul. in J. Just. II, 20, 16: si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit, et si servus alienus legatus sine facto[1651]) heredis manumissus fuerit, non tenetur heres.

1650) Dieselbe läßt sich daher im Gegensatze zu A. 1654 als die jüngere sabinianische Theorie bezeichnen.

1651) Theoph. in h. l. macht in diesem Punkte den Versuch, diesen Lehr-

Si vero heredis servus legatus fuerit et ipse eum manumiserit, teneri eum Julianus scripsit, nec interest scierit an ignoraverit a se legatum esse; sed et si alii donaverit servum et is cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse;

und 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 4): eum, qui debilitatum ab herede servum acceperit, recte ex testamento agere;

Marcian. 6 Inst. (D. XXX, 1, 112. § 1): quum servum suum heres damnatus dare eum manumiserit, tenetur in eius aestimationem nec interest scierit an ignoraverit legatum. Sed et si donaverit servum heres et eum is, cui donatus est, manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse.[1652])

Und gleiche Theorie wird auch bei dem Universal-, wie Singular-Fideicommiß in Anwendung gebracht von

Jul. 39 Dig. (D. XXXVI, 1, 25. § 2): si quis filium suum ex asse heredem instituit et codicillis, quos post mortem filii aperiri iussit, fidei eius commisit, ut, si sine liberis decesserit, hereditatem suam sorori suae restitueret, et filius, quum sciret, quod in codicillis scriptum esset, Stichum servum hereditarium testamento suo liberum esse iussit, heredes filii pretium eius servi sorori defuncti praestare debent. — Hoc amplius et si ignorasset filius codicillos a patre factos, nihilominus heredes eius pretium praestare debent, ne factum cuiusquam alteri damnum afferat;[1653])

satz mit der zweiten Theorie in Uebereinstimmung zu setzen, indem er paraphrasirt: δίχα φάκτου ἤτοι δίχα δόλου.

1652) In 8 Inst. (D. XXX, 1, 114. § 19): interdum — cum lucro heredis moritur servus legatus vel per fideicommissum relictus, veluti si alienus vel licet proprius pluribus tamen separatim relictus, ut unusquisque in solidum capiat, scilicet si sine culpa heredis mortuus est, ist demnach das sine culpa sicher Interpolation eines sine facto.

1653) Diese Haftung erstreckt Jul. nach Dig. cit. § 3 auch auf den Schaden, den der Fideicommissar an omnis causa erlitt, eine Extension die dem Gesichtspunkte von § 136 unterfällt, und die weder sonst noch bezüglich des Legates oder Fideicommisses ausgesprochen wird, noch auch bei der Stipulation Platz greift: Paul. sent. rec. V, 7, 4. u. a. m. in § 98.

und bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XXV, 1, 91. § 2): de illo quaeritur, an et is, qui nesciens se debere occiderit, teneatur; quod Jul. putat in eo, qui, quum nesciret a se petitum codicillis, ut restitueret, manumisit.

Die Concordanz dieses Legaten-Rechtes mit dem Stipulations-Rechte aber vermittelte Julian auf dem Wege, daß er die dort aufgestellte Theorie auch auf die Stipulation übertrug, wie solches sich ergiebt aus

Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 1): sin autem alienus fuerit (sc. fundus vel servus stipulatus) et ab alio tale quid acciderit (sc. puta fundus sacer factus vel servus manumissus fuerit), non tenetur (sc. promissor), quia nihil fecit; — quam distinctionem et Jul. sequitur.

Dahingegen die andere und zwar ältere sabinianische Theorie[1654]) überträgt auf die Legats-Obligation ohne Weiteres die Ordnung des alten Condictionenrechtes, daß der Debitor bei eingetretener Unmöglichkeit der Solution von der Verpflichtung zu solcher zwar dann nicht befreit werde, wenn ihn eine culpa in faciendo trifft, wohl aber dann, wenn durch Zufall oder durch dessen non facere solche Unmöglichkeit herbeigeführt worden ist. Und diese Theorie nun wird vertreten von Maecian., Pomp., Ulp. und Paul.[1655]) und so zwar von

Maec. 8 Fid. (D. XXXV, 2, 30. § 4. 5): certis — corporibus et his ipsis ita relictis: „Pecuniam, quam in illa arca, vinum, quod in illis doliis, pondus argenti, quod in illis horreis habeo,“ si sine culpa heredis deperierunt vel deteriora sunt facta, procul dubio aut nihil debebitur aut eorum, quae extabunt, qualia erunt, ea portio debebitur, quae per legem Falcidiam efficiatur ex aestimatione bonorum, quae mortis testatoris tempore fuerint.

Incertae autem res relictae distinctionem recipiunt:

1654) Denn auf dieselbe weist hin Jav. 4 Ep. (D. XXXV, 2, 61): negligentia eius (sc. heredis) nocere legatariis non debet.

1655) Auch von Atilicin. (A. 1119) und von Callistr. 4 Ed. mon. (D. XXXI, 1, 68), wo daher wegen der fehlenden a. legati eine a. in fact. gegeben wird.

nam si ex suis rebus incertam rem testator reliquisset, veluti „Argentum, quod elegerit“ et omne argentum testatoris interiisset sine culpa heredis, nihil deberetur; sowie Dig. cit. § 6;

Pomp. 9 ad Sab. (D. XLV, 1, 23): si ex legati causa — hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares; 5. 6 ad Sab. (D. XXX, 1, 26. § 1. fr. 36. § 3. fr. 48. § 1), 9 Ep. (D. XLVI, 3, 92. pr.), 7 ex Plaut. (D. XXXI, 1, 11. § 1);

Ulp. 25 ad Sab. (D. XXX, 1, 53. § 3): si heres hominem legatum occidit ob facinus hoc est merentem, sine dubio dicendum erit eum ex testamento non teneri; sowie das. § 4—9; 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. § 2—5); 11. 28 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 5. XLVI, 3, 27);[1656])

Paul. sent. rec. III, 6, 9: servo fataliter interempto legatarii damnum est, quia legatum nulla culpa heredis interiit; 3 ad Sab. (D. XXX, 1, 35); 22 ad Ed. (D. IX, 2, 14); 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXX, 1, 49. pr.); 1 Fid. (D. XXXII, 1, 8. pr.).

Und auch diese Theorie ward auf das Fideicommiß übertragen:

Pomp. 2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 70. § 1); Ulp. 33 ad Ed. (D. XXX, 1, 59).[1657])

Immerhin aber ist diese letztere Theorie nicht consequent durchgeführt, indem der Fall, daß eine res aliena legirt oder fideicommittirt ist, der Eigenthümer derselben aber solche an den Erben zu veräußern schlechterdings verweigert, der zufälligen Vereitelung der Solution unterfällt, gleichwohl aber solchenfalls jene Theorie, hierin die älteste Rechtsordnung aufrecht erhaltend,

---

1656) Eine Ausnahme statuirt Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 41. § 16. fr. 43. pr.), 2 Fid. (D. cit. 42) für den Fall der inaedificatio, welche nach dem S. C. Acilian. nicht gelöst werden darf. Hier waltet ein besonderer Grund ob: indem die Unmöglichkeit zur Folge hat, daß der Erbe die res legata für sich behält, so wird zur Abwendung solcher ungerechtfertigten Bereicherung singulärer Weise a. legati gegeben.

1657) Nicht bestimmbar ist, welcher der obigen beiden Theorieen angehört Pap. 9 Resp. (D. XXXVI, 1, 58. § 6).

dem Erben die Verbindlichkeit zur Leistung der Aestimation von der res legata oder fidei commissa gegenüber dem Legatare und Fideicommissare auferlegt (A. 1174).

Im Uebrigen aber läßt jene sabinianische Theorie noch darin eine wesentliche Verschiedenheit zwischen dem Stipulations- und dem Legaten-Rechte bestehen, daß, während nach der auch von der späteren Rechtswissenschaft adoptirten Lehrmeinung der Sabinianer die condicio impossibilis die Stipulation nichtig macht, dieselbe beim Legate als nicht gesetzt gilt:

Gai. III, 98: si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, veluti si digito caelum tetigerit, inutilis est stipulatio; sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea condicio adiecta non esset, diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem.[1658])

Beide obige Theorieen aber lassen die älteste Rechtsordnung, wonach der Erbe alleinig die res legata selbst, nicht aber den aus derselben etwa gemachten Gewinn zu restituiren hat (A. 1177), auch bezüglich des Falles in Geltung, daß der Erbe bei einer von ihm nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung solchen Gewinn erlangte, diese Ordnung zugleich auf das Fideicommiß extendirend, und auch hierin somit die Concordanz mit dem Stipulationsrechte wahrend:

Paul. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXI, 1, 49. pr.): mortuo bove, qui legatus est, neque corium, neque caro debetur;

1658) So auch bezüglich des Legates: Serv. bei Alf. 2 Dig. a. Paul. ep. (D. XXVIII, 5, 45) und ders., sowie Sab. und Cass. bei Pomp. 3 ad Sab. (D. XXXV, 1, 6. § 1); Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXX, 1, 104. § 1); Ulp. 6, 20 ad Sab. (D. XXXV, 1, 3. XXXVI, 2, 5. § 4); J. Just. II, 14, 10; vgl. Lab. 2 Post. a Jav. ep. (D. XXVIII, 7, 20. pr.) und bei Pomp. 3 ad Sab. (D. XXXV, 1, 6. § 1); Pomp. 2 ad Qu. Muc. (D. XXVIII, 3, 16); Ulp. 5. 9 ad Sab. (D. XXVIII, 7, 1. 6), 6 Reg. (D. XXVIII, 5, 50. § 1); und anderentheils bezüglich der Stipulation: Marcell. bei Paul. 2 ad Sab. (D. XLV, 1, 8); Gai. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 11); Maec. 2 Fid. (D. cit. 31); Ulp. 6 ad Sab. (D. XLV, 1, 7), 26 ad Ed. (D. XII, 1, 9. § 6); Paul. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 35. pr.), 18 ad Ed. (D. XLVI, 1, 29); Venul. 1. Stip. (D. XLV, 1, 137. § 6); J. Just. III, 19, 11.

2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 66. § 2): si damno in servo hereditario datum sit, licet per servum hereditarium heredi competere actio coepit, non tamen transit legis Aquiliae actio ad fideicommissarium: hae enim actiones transeunt, quae ex bonis defuncti pendent;[1659]) vgl. 2 Man. (D. XLVII, 2, 85) und bei A. 1177 fg.

Während so daher durch eine jede von jenen beiden Theorieen die gestellte Aufgabe gelöst wird, auch in Bezug auf die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte eine Ausgleichung zwischen den alten lites und den originären condictiones herbeizuführen, und so nun in allen den obbezeichneten drei wichtigeren Punkten die Verschiedenheiten zwischen jenen beiden Rechtsgruppen beseitigt werden, so treten andererseits wiederum in der Rechtswissenschaft Theorieen auf, welche jenen Ausgleichungstendenzen durchaus fern bleiben.

Und zwar ist dies einerseits eine dritte, die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution bei Fideicommiß betreffende und zwar proculianische Theorie, welche, vertreten von Nerat., Afric. und Scaev., eine Ausgleichung der hier überlieferten Ordnung nicht mit dem alten Condictionenrechte, als vielmehr mit der Rechtsordnung der bon. fid. negotia anstrebt und die daher in § 136 zur Darstellung zu bringen ist.

Und andererseits wiederum bezüglich der Stipulation tritt eine Theorie hervor, welche den ganz neuen Gedanken ausspricht, daß dann, wenn die promittirte res non fungibilis nicht Eigenthum des promissor ist, derselbe zwar lediglich für culpa in faciendo haftet, anderenfalls dagegen derselbe den casus trägt, somit aber auch für culpa in faciendo, wie non faciendo haftet, eine Theorie, von welcher eine vereinzelte Spur sich erhalten hat bei

Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 1): si sit quidem res (sc. promisca) in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta — vel servus manumissus —,

1659) Nach Mommsen, Beitr. I, 103 soll hiermit nur der Uebergang ipso iure negirt sein; allein da überhaupt keinerlei Recht ipso iure auf den Fideicommissar übergeht, so muß transire die Restitution bezeichnen. — Wegen gleicher Ordnung beim Stipulationsrechte s. bei A. 1212.

culpa in hunc modum diiudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit, et quid eorum acciderit, nihilominus teneatur. Idemque fiet, et si per alium, posteaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit.

Sin autem alienus fuerit et ab alio tale quid acciderit, non tenetur, quia nihil fecit.

§ 136.

Die Ausgleichung der stricti iuris mit den bonae fidei actiones.

Hand in Hand mit der in § 135 dargelegten Tendenz, eine Ausgleichung zwischen den alten lites und condictiones herbeizuführen, geht die anderweite, principiell weit extremere Tendenz auch zwischen den stricti iur. und den bon. fid. actiones eine Annäherung zu vermitteln, im letzten Endziele somit eine Ausgleichung zwischen Beiden anzubahnen.

Diese Tendenz liegt bereits der doli clausula mit ihrer ganz verallgemeinerten Verwendung bei der Stipulation (§ 115. 124 unter 3) zu Grunde, und manifestirt sich auch in gleicher Modalität, obwohl in beschränkterer Beziehung in den der Stipulation inserirten boni viri arbitrii clausulae „recte," wie „bene" oder „bono modo," deren letztere das dadurch qualificirte dare oder facere unter die Controle der boni mores stellen (A. 1244), während die erste an und für sich zwar die betreffende Prästation einfach auf den boni viri arbitratus stellt und somit bloß rücksichtlich des Princips der arbiträren richterlichen Cognition die Stipulation modificirt, doch aber auch wiederum durch das Mittel solcher Modification dem Principe der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung eine Einwirkung eröffnet, indem insbesondere dadurch die triticaria und incerti condictio, wie die a. ex stipulatu eine Extension auf die omnis causa gewinnen.[1660])

1660) Vgl. Beil. XIX A. 48—50, und namentlich Ulp. 80 ad Ed. (D. L, 16, 73): haec verba in stipulatione posita: „Eam rem recte restitui" fructus continent; „recte" enim verbum pro viri boni arbitrio est. Vgl. jetzt auch Birkmeyer, Exceptionen § 19.

Der Schwerpunkt jedoch jener Tendenz liegt nicht in dem rechtsgeschäftlichen Verkehre mit seinen Formelconceptionen, als vielmehr in den dogmatischen Reformen der Theorie, welche eine unmittelbare Uebertragung der für die bon. fid. actiones gegebenen Ordnungen auf die stricti iur. actiones in gewissen Punkten vollzog und damit nun eine Annäherung, wenn auch nicht eine Ausgleichung zwischen der stricti iur. und bon. fid. a. bewerkstelligte.

Denn, was zunächst diesen letzteren Moment betrifft, so blieb allerdings die Verschiedenheit zwischen stricti iur. und bon. fid. a. vor Allem in denjenigen Punkten in Bestand, in denen die der letzteren überwiesene Nebenfunction, als Schäden- oder Bereicherungsklage die Postulate der aequitas zu verwirklichen, innerhalb der Sphäre des rigor durch besondere und eigens hierfür berufene Rechtsmittel ersetzt wurde, da ja hier auf solchem besonderen Wege der aequitas eine Einwirkung auf den rigor bereits eröffnet war und damit nun für die Theorie die Veranlassung entfiel, ihrer Seits nach solcher Richtung hin noch reformirend einzugreifen. Und demgemäß hat daher die stricti iur. a. niemals die Nebenfunction übernommen einer a. de dolo, quod met. c. oder cond. ob caus., und ist ebensowenig empfänglich gemacht worden, die auf die Sätze der aequitas gestützten Defensionalmomente zur defensio ipso iure in sich aufzunehmen, indem hierfür stets die exc. doli mali nothwendig blieb (§ 132). Immerhin aber treten bereits in diesem letzten Punkte gewisse Ausnahmen hervor, insofern gewisse Defensionalmomente der aequitas auch gegenüber der stricti iur. a. singulärer Weise ipso iure anstatt ope exc. doli zur Geltung gelangen. Und zwar ist solches, abgesehen von der mora accipiendi, bei der alten condictio (§ 137 a. E.) der Fall theils bezüglich der impensae necessariae, welche der zur Restitution von fructus Verpflichtete auf diese selbst verwendet hat,[1661]) theils bezüglich der aus den pacta adiecta

1661) Diocl. im C. Just. VII, 51, 1: hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumtibus deductis superest; und im Besonderen Paul. 17 ad Plant. (D. XII, 6, 65. § 5): ei qui indebitum repetit et fructus et partus restitui debent deducta impensa; und so auch bei missio in bona: Ulp. 62 ad Ed. (D. XXII, 1, 46). Es ist jenes ein alter Satz der aequitas: A. 960.

sich ergebenden Einreden (A. 1420), theils endlich bezüglich einer dreifachen Anwendung des auf die stricti iur. a. übertragenen Principsatzes des ne bis idem exigatur (A. 1668), nämlich ebensowohl bezüglich des Rechtssatzes: bis idem promissum vel legatum amplius quam semel peti non potest,[1662] als auch bezüglich der Rechtsordnung über den concursus duarum causarum lucrativarum,[1663] wie endlich auch bezüglich der Solution bei Debitum aus solennem Rechtsgeschäfte (A. 1614ª).

Sodann ist es aber auch eine Anzahl noch weiterer Punkte, in denen eine Uebertragung der Rechtsordnung der bon. fid. auf die stricti iur. actiones nicht erfolgte, insofern entweder eine zwar parallele, aber doch verschiedene Ordnung in Geltung sich behauptete: bezüglich der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte (§ 135), sowie bezüglich der mora accipiendi (§ 137 a. E.), oder aber eine analoge Rechtsordnung gar nicht sich vorfindet: theils bezüglich der reticentia,[1664] wie der verschuldeten Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte,[1665] theils bezüglich des von dem Debitor mittelst der res debita gemachten Gewinnes (A. 1659) oder bezüglich der auf die res principalis vom Debitor verwendeten impensae necessariae, wo schon in Folge des Umstandes, daß bei dem stricti iur. negotium weder zwei verschiedene Hauptklagen

---

1095. 1267. — Dahingegen beruht nicht auf einem der aequitas eigenthümlichen Satze, daher auch nicht hierher gehört die Richtigkeit der contra ius oder bonos mores lautenden Stipulation (A. 1624), wie der gleichartigen condicio institutionis oder legati: Pap. 16 Quaest. (D. XXVIII, 7, 15), Marc. 4 Jnst. (D. cit. 14); denn hier ist auf Grund des rigor defensio ipso iure gegeben, wie auch in anderen Fällen: A. 1606.

1662) Pomp. 10 ad Sab. (D. XLV, 1, 18): qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur; und bei Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 34. § 1): si eadem res saepius legatur in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest; vgl. Gneist, form. Vertr. 148. A. 40.

1663) Vgl. Schmidt, Quid sit quod vulgo dicitur duas causas lucrativas etc. Berol. 1848. Arndts in Glück, Pand. XLVI, 250 fg. Mommsen, Beitr. I, 255 fg. Voigt, Cond. ob caus. § 30.

1664) A. 1176. Voigt im Arch. f. civ. Pr. LIV, 204.

1665) D. h. außerhalb der Sphäre des edict. de eo quod certo loco, welches aber wiederum die Klage umwandelt: § 119. Wegen der Ausnahme bezüglich Legates und Fideicommisses s. unten.

einander, noch eine a. contraria der directa gegenüberstehen, das Organ zur aggressiven Geltendmachung des Impensenanspruches fehlte, ebensowenig aber auch in defensiver Richtung solche Impensen als Gegenanspruch zugelassen werden.[1666]) Und so wird endlich auch in der letzteren Richtung die Relevanz des error in der Willensbestimmung, welche die gegenwärtige Periode bezüglich der bon. fid. a. aussprach (A. 1557), ebensowenig auf die stricti iur. a. übertragen (A. 1175).

Dagegen erfolgt andrerseits in der gegenwärtigen Periode eine Uebertragung der für die bon. fid. negotia gültigen Rechtsordnung auf die cond. trit. theils bezüglich der dolosen Verweigerung der stipulatio simplae vel duplae und dies sogar nicht bloß bei entgeltlichen Veräußerungsgeschäften, dafern die Stipulation in concreto ein solches vermittelt, sondern ganz extremer Weise auch beim legatum generis,[1667]) theils sodann bezüglich gewisser Wirkungen der mora solvendi: bezüglich der Verhaftung des Debitor für Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte durch Zufall oder Culpa, bezüglich des Zeitpunktes und Ortes, welche maaßgebend sind für die der Aestimation zu Grunde zu legenden Werthverhältnisse, wie endlich bezüglich der purgatio morae, Punkte, die in § 137 im Einzelnen festzustellen sind.

Und dann wieder auf Seiten der Defensionalmomente voll-

1666) Dadurch, daß der Schuldner die res debita nicht in natura prästirt, sondern die dafür entfallende Aestimation leistet, kann derselbe stets dem Verluste seiner Impensen für noch vorhandene Ameliorationen vorbeugen. Im Uebrigen ist damit nicht ausgeschlossen, daß nicht auf Grund speciellen Rechtstitels, wie mandatum oder neg. gest. Impensen aggressiv durch die betreffende bon. fid. a. und defensiv durch die entsprechende exc. doli in concreto gefordert werden können; allein ipso iure und in abstracto kennt das stricti iur. negot. keine Pflicht zur Restitution der impensae necessariae auf die res principalis. Wegen der Ausnahmen bezüglich des Legates und Fideicommisses s. A. 1677, bezüglich der cautio rei uxoriae s. A. 1402, bezüglich der cond. ob caus. s. A. 1675.

1667) Scaev. 13 Quaest. (D. XLV, 1, 131. § 1): qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur, quamvis fundus Titio traditus sit, nihilominus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur. Legat: Lab. 2 Post. a Jav. ep. (D. XXXIII, 1, 29. § 3); Ulp. 51 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 1); vgl. Pomp. 6 ad Sab. (D. cit. 45. § 1), 9 Ep. (D. cit. 46).

zieht sich eine Ausgleichung zwischen den bon. fid. und stricti iur. a. ebensowohl darin, daß die dem rigor entstammende, auf die bon. fid. a. übertragene und hier ope exc. doli geltend zu machende Compensation wegen nicht connexer Gegenansprüche durch ein Rescript von Antoninus Philos. für alle stricti iur. actiones verallgemeinert wurde (A. 1612), theils darin, daß das Princip des ne bis idem exigatur als Normativ für die Klagenconcurrenz auch auf diese letzteren Klagen übertragen und hier nun ope exc. doli zur Geltung gebracht wurde.[1668]) Und endlich fällt solcher Tendenz noch anheim der Rechtssatz, daß dann, wenn in Folge des Dolus des Beklagten die litigiöse res non fungibilis nicht mehr in natura ästimirt werden kann, bei cond. triticaria oder entsprechender a. ex stipulatu im Nothfalle das iusiurandum in litem zuzulassen sei (A. 837 vgl. A. 839).

In noch weitergehender Maaße erfolgte endlich eine Aneignung des Rechtes der bon. fid. a. bezüglich einzelner, dem strictum ius angehöriger Klagindividualitäten: bezüglich der cond. ob causam, wie der Klagen aus legatum per damnationem und sinendi modo, wie aus Fideicommiß.

Und zwar, was zunächst die cond. ob caus. betrifft, so ist allerdings nicht lediglich durch die obige Tendenz, sondern auch durch die Natur jener Klage als Bereicherungsklage bestimmt, daß dieselbe nicht bloß auf die res principalis, sondern auch auf den durch dieselbe vom Debitor gemachten Gewinn und insbesondere auf die omnis causa sich erstreckt, und daß nicht minder bei nicht vertretbarer Vereitelung der Solution der Debitor auf den dabei gemachten Gewinn verhaftet ist.[1669])

1668) So bei cond. tritic.: Paul. de conc. act. (D. XLIV, 7, 34. § 1); bei a. ex stipulatu: Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 7), Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XIX, 1, 28). Daneben aber auch bei noch anderen Klagen, so z. B. Jav. 15 ex Cass. (A. 1101). Vgl. Sab. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 10. § 1), sowie A. 1101. Savigny, Syst. V. § 231 fg. Buchka, Einfluß I § 2. Bei der bon. fid. a. ordnet sich das Verhältniß am Angemessensten dem Gesichtspunkte der causa finita unter, der es in A. 1101 unterstellt ist. Im Uebrigen vgl. noch A. 1662 fg. 1699.

1669) Vgl. in ersterer Beziehung Voigt, Cond. ob caus. A. 275 und insbesondere Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 1), in letzterer Beziehung vgl. dens. A. 257 und insbesondere Cels. 6 Dig. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII,

Wohl aber ist es eine der bon. fid. a. entlehnte Ordnung, welche die Verhaftung des Debitor wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte bestimmt. An und für sich nämlich ist es ein zwiefacher Gesichtspunkt, welcher in dieser Beziehung eingreift: denn einerseits wird der cond. ob caus., als Bereicherungsklage, von Vorn herein die Richtung auf das id quod pervenit beigemessen (A. 929), eine Auffassung, die ganz von selbst schon um deßwillen sich darbot, weil die Klagen mit der taxatio auf quanto locupletior factus est überhaupt erst Product der gegenwärtigen Periode sind (§ 134); und diese Auffassung nun ergab ohne Weiteres, daß der Debitor auch wegen casueller Verkürzung der Solution zu haften habe und insbesondere der cond. caus. non sec. unterworfen sei, eine Consequenz, die hervortritt bei

Cels. 3 Dig. (D. XII, 4, 16): dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; — — si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.[1670])

Auf der anderen Seite dagegen war für die cond. ob caus. in Consequenz ihres Naturelles als condictio der Satz geboten, daß der Debitor nur wegen culpa in faciendo, weder aber wegen culpa in non faciendo, noch wegen casus verhaftet sei (§ 98. 135). Allein die Theorie gab beide Consequenzen zu Gunsten des von der bon. fid. a. entlehnten Rechtssatzes auf, daß der Debitor zwar nicht für casus,[1671]) wohl aber für alle culpa: in faciendo, wie non faciendo und für Dolus, wie für Culpa zu haften habe. Und dieser Satz nun tritt zu Tage bezüglich der cond. indeb. bei

---

6, 26. § 12); Jul. 80 Dig. (D. XXXIX, 6, 19) und bei Afr. 2 Quaest. (D. XII, 1, 23); Paul. 17 ad Plaut. (D. XII, 6, 65. § 7, 8); der letztere Rechtssatz lehrt auch bei der form. pet. wieder: § 84 unter D I 1. Dagegen in Bezug auf die Verzugszinsen folgt die cond. ob caus. strict dem Gesetze des rigor: A. 1206. Im Uebrigen vgl. noch A. 1671. 1750.

1670) Vgl. Mommsen, Beitr. I, 393. A. 16.

1671) Vgl. Windscheid, Pand. § 424 A. 3. Eine Ausnahme ergiebt die cond. furtiva, wo der Debitor schlechthin und auch für casus haftet: Voigt, a. O. A. 261, wogegen für die cond. ob turp. caus. das Gleiche doch wohl nicht aus Diocl. im C. Just. IV, 7, 7. zu folgern ist; vgl. auch Sab. bei Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 7); Jul. 22 Dig. (D. XIII, 1, 14. § 2) und bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XXV, 2, 17. § 2); Ulp. 37 ad Ed. (D. XLVII, 2, 52. § 28); Paul. 18 ad Ed. (D. XII, 2, 30. § 1). Allein die cond. furt. ist nicht

Jul. 10 Dig. (D. XII, 6, 32. pr.): quum is, qui Pamphilum aut Stichum debet, simul utrumque solverit, si, posteaquam utrumque solverit, aut uterque aut alter ex his desiit in rerum natura esse, nihil repetet: id enim remanebit in soluto, quod superest;

Paul. 17 ad Plaut. (D. XII, 6, 65. § 8): si servum indebitum tibi dedi eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium eius, si nesciens, non teneberis (s. A. 1674);

bezüglich der cond. caus. fin. bei

Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 4, 15), wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. 701; Jul. bei Ulp. 15 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIX, 6, 37. § 1. s. A. 1674); sowie

Paul. 17 ad Plaut. (D. XXXIX, 6, 39): si is cui mortis causa servus donatus est, eum manumisit, tenetur condictione in pretium servi, quoniam scit posse sibi condici, si convaluerit donator (s. A. 1674);

wie auch bei cond. caus. non sec., wo derselbe zugleich dahin sich verallgemeinert, daß im Falle des Innominatcontractes insbesondere diese Klage nur dann Platz greift, wenn der Nichteintritt der causa futura durch Verschuldung des Debitor: culpa in faciendo oder non faciendo herbeigeführt ist, dagegen ausgeschlossen wird, wenn solcher Nichteintritt ein casueller oder überhaupt unverschuldeter ist:

Diocl. im C. Just. IV, 6, 10: pecuniam a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est;

Bereicherungs-, sondern Schädenklage: das quanti ea res erit der condemnatio umfaßt hier ausnahmeweise das id quod interest: § 81 unter III A, wobei überdem im Falle des Unterganges der res debita deren Aestimation in pönaler Steigerung nach dem Zeitpunkte erfolgt, quo res umquam plurimi fuit: § 72 unter 2 b. vgl. auch A. 1675, ein Gesetz, welchem auch die a. rer. amot. folgt: Tryph. 11 Disp. (D. XXV, 2, 29). Und sodann wird auf die cond. furtiv. der Effect der mora solvendi bei bon. fid. a. übertragen (§ 119), daher der Debitor nicht bloß für das periculum rei, sondern auch für omnis causa: Jul. bei Paul. 9 ad Sab. (D. XIII, 1, 3), Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 1, 8. § 2), wie für Schadenersatz haftet. Und auch diese Sätze sind auf die a. rer. amot. übertragen worden: Paul. 37 ad Ed. (D. XXV, 2, 21. § 3, 4).

und so nun insbesondere bei pactum Do pecuniam, ut manumittas:

Proc. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 4, 3. § 3): si post id temporis decesserit (sc. servus manumittendus), quo manumitti potuit, repetitionem esse (sc. pecuniae datae); si minus, cessare; Ulp. 2 Disp. (D. XII, 4, 5. § 3. 4)[1672];

bei pactum donationis sub modo Do pecuniam, ut servum emas et manumittas:

Ulp. 2 Disp. (D. XII, 4, 5. § 2): si ante (sc. quam manumittatur servus emtus) decessisse proponatur, nihil praestabit, si modo per eum factum non est; quod si fugit nec culpa eius contigit, qui redemit, nihil praestabit; plane repromittere eum oportet, si in potestatem suam pervenerit, restitutum iri;

bei pactum Do pecuniam, ut mandata conficias:

Ulp. 2 Disp. (D. XII, 4, 5. pr.): si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficiscereris, an condici possit videndum. Et quum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare[1673];

vgl. Sept. Sev. bei Ulp. 8 de Omn. trib. (D. L, 13, 1. § 13), Paul. Reg. (D. XIX, 2, 38. § 1) und dazu A. 1064.

Und endlich ist es nicht minder ein dem rigor durchaus fremder, der aequitas eigenthümlicher und zwar der form. pet. entlehnter (A. 978), wie in gewisser Analogie auch bei der reticentia (§ 87 unter III) auftretender Gedanke, daß bei verschuldeter Vereitelung der Restitution Seitens des Debitor dessen Haftung einer pönalen Steigerung unterliege und zwar derselbe nach Wahl des Creditor entweder für das bei jener Vereitelung erzielte pretium rei: den Kaufpreis oder für die res ipsa verhaftet ist, somit aber dem Letzte-

1672) Ulp. zieht hierbei noch zwei Momente in Betracht: theils die poenitentia, die das Verhältniß wesentlich ändert: Voigt a. O. 741 unter 2; theils den Fall, daß der zu Manumittirende dem Manumissor nicht feil war, wo nun Ulp. singulärer Weise die cond. caus non sec. auf Restitution des empfangenen Geldes zuläßt, bestimmt durch einen principiellen Gesichtspunkt der Sabinianer: A. 1758.

1673) Vgl. Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 12. § 17), sowie Voigt, a. O. 708, 739, 741.

ren die Gefahr des Unterganges der vom Schuldner veräußerten res debita abgenommen wird,[1674]) wie nicht minder auch, daß der Creditor dem Debitor die von diesem aufgewendeten impensae necessariae zu restituiren hat.[1675])

Alle diese Unebenmäßigkeiten der cond. ob caus. finden indeß ihre naheliegende Erklärung in dem dreifachen Momente, daß theils die condemnatio Quanti ea res erit ganz anomaler Weise die Richtung auf das id quod pervenit in sich aufnimmt (A. 929), theils in der cond. ob caus. das ganz widerspruchsvolle Verhältniß sich ausprägt, daß ein Postulat der aequitas mit den Mitteln und Formen des rigor: durch eine stricti iur. a. verwirklicht wird (§ 120), theils endlich die cond. ob caus. eine verhältnißmäßig sehr junge Klage ist, zu deren Entstehungszeit bereits die Ideen der aequitas in der gemeinen Meinung das Uebergewicht über die Ideen des rigor erlangt hatten.

Was endlich die Klagen aus Fideicommiß[1676]) und legatum per damn., wie sinendi modo anbetrifft, so tritt an solchen in fünf Punkten eine wesentliche Abweichung von der Structur der stricti iur. a. zu Tage. Und zwar zunächst darin, daß der Erbe einen Anspruch auf Ersatz wegen der auf die res legata oder fidei com-

---

1674) Jul. bei Ulp. 15 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIX, 6, 37. § 1); Paul. 17 ad Plaut. (D. XII, 6, 65. § 8. XXXIX, 6, 39). Indem hierüber der Kläger bereits in iure sich zu erklären hat, so ist je nachdem die Klage entweder cond. incerti, welchenfalls sie speciell cond. pretii heißt, oder triticaria: Voigt, a. O. 327. Vgl. auch A. 1750.

1675) Cels. 6 Dig. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 6, 26. § 12); Pap. 32 Quaest. (D. XXIII, 2, 61). Eine ganz extreme Ausnahme — insofern hier die auf Kosten des fur bewerkstelligte Amelioration des Objectes sogar das Maaß von dessen Verhaftung steigert — ergiebt die cond. furt., gleich der a. rer. amot.: Fulcin. bei Paul. 39 ad Ed. (D. XIII, 1, 13), Tryph. 1 Disp. (D. XXV, 2, 29), Alles dies, wie bei der form. petit.: A. 961.

1676) Die a. fideicommissi ist zweifellos strict. iur.: sie folgt durchaus den Gesetzen der a. legati per damnat.: A. 1174, 1177. § 135, und bezüglich der mora § 137. Damit steht nicht in Widerspruch A. 489: denn es ist dasselbe nach der voluntatis ratio aequi et boni, nach der damni ratio aber, stricti iur. oder, was dasselbe besagt, es unterfällt in Begründung und Aufhebung der aequitas, nach seinem pecuniären Gehalte dem rigor, Alles dies genau so, wie die mutui datio: S. 3. Daher ist irrig die Ansicht von Madai. Mora 351 fg. Schilling, Inst. § 238 o. Mommsen, Beitr. III, 228. und 5.

missa über das Maaß der tutela rei hinaus verwendeten impensae necessariae hat, welcher defensiv durch exc. doli, aggressiv aber in Ermangelung einer a. contraria durch cond. indeb. geltend gemacht wird.[1677])

Sodann darin, daß, wenigstens von den Proculianern,[1678]) die für die bon. fid. a. maaßgebende Theorie von der Verhaftung des Debitor bei Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte auf das Fideicommiß übertragen wird, eine Lehrmeinung, die bezüglich des Singularfideicommisses am Bestimmtesten vorgetragen wird von

Afric. 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108. § 12): quum quid tibi legatum fidei[q]ue (Hal.) tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit, sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur;

und zu Grunde liegt bei Scaev. 4 Resp. (D. XXXI, 1, 89. § 7);[1678a]) und welche endlich bezüglich des Universalfideicommisses von Nerat. 1 Resp. ausgesprochen und von Ulp. vertreten wird:

Ulp. 5 Disp. (D. XXXVI, 1, 22. § 3): si quis rogetur restituere et vel servi decesserint vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere, quod non habet; culpae plane reddere rationem, sed eius, quae dolo proxima est; et ita Nerat. libr. I Resp. scribit. Sed et si, quum distrahere deberet,

---

1677) Voigt, Cond. ob caus. 645, sowie Afric. 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108. pr.), Pap. 9 Resp. (D. XXX, 1, 58), Ulp. 5 Disp. (D. XXXVI, 1, 22. § 3), Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXI, 1, 8. pr.). Bei dem Universalfideicommiß griff jedoch das in A. 1177 erwähnte Rescript des Anton. Phil. modificirend ein: Pap. 19 Quaest. (D. XXXVI, 1, 54).

1678) Dies ergiebt sich daraus, daß dieselbe von Ner. 1 Resp. in Ulp. 5 Disp. cit. bei A. 1678 b vertreten wird. Und danach gehört nun hierher Lab. bei Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. § 6): si fundus chasmate perierit, ubique aestimationem non deberi. Wegen der sabinianischen Lehrmeinung s. A. 1654. 1650.

1678a) Hier liberirt die iusta ignorantia, somit der Zufall von der Obligation, läßt jedoch die Haftung auf den bei Gelegenheit solcher zufälligen Vereitelung gemachten Gewinn bestehen; vgl. § 89.

non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, huiusmodi rei rationem reddet; sed et si aedes ustae sunt culpa eius, reddet rationem; praeterea si qui partus extant et partuum partus, quia in fructibus hi non habentur. — — Quod si sine facto eius prolixitate temporis aedes usu acquisitae sint, aequissimum erit, nihil eum praestare, quum culpa careat.[1678b])

Drittens wird auf das legatum per damn. und so zweifelsohne auch sinendi modo, wie auf das Fideicommiß die Rechtsordnung der mora accipiendi bei bon. fid. negotia übertragen: der Uebergang des periculum rei debitae vom Schuldner auf den Gläubiger, die Verpflichtung desselben, dem Ersteren Ersatz des dadurch verursachten Schadens zu leisten, wie nicht minder der purgatio morae, wogegen wieder darin eine Verschiedenheit verbleibt, daß die mora bei der Legatsklage nicht ipso iure, sondern nur ope exc. doli mali processualischen Effect erlangt.[1679])

Sodann wiederum greifen bei der fraglichen Legats- und der Fideicommiß-Klage im Falle der mora solvendi nicht allein die im Obigen aufgezählten, für die cond. tritic. im Allgemeinen

---

1678b) Die Erklärung der Ordnung, daß der Fiduciar nur für Dolus, nicht auch für Culpa haftet, giebt Mommsen, Beitr. III, 398. A. 5: zur Zeit des Nerva vor dem S. C. Pegasian. erfolgte die Restitution ohne Abzug der Quart: Gai. II, 253, so daß der Fiduciar kein commodum aus dem Fideicommiß hatte. Dagegen ist es an und für sich eine Inconsequenz, daß nach jenem S. C. die Rechtswissenschaft jenen Satz beibehielt, obwohl deren Tendenz, den Fiduciar zu begünstigen, jenes erklärt.

1679) Lab. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 2, 30. pr.); Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 3); Marcell. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. pr. s. A. 1172); Pomp. 6 Ep. (D. XXXIII, 6, 8). Für die Annahme, daß Pomp. hier dem Schuldner die Dereliction der res legata auch dann habe absprechen wollen, wenn die bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3) erforderte denuntiatio erfolgt war, ersehe ich keinen Grund; denn wenn Mommsen, Beitr. III, 311 findet, daß dann das Wort periculose dem Inhalte der Stelle nicht genügend entspreche, so ist dies mir völlig unverständlich. Wohl aber erklärt sich die Uebergehung dieser denuntiatio daraus, daß die Stelle, den epistolae des Pomp. entnommen, auf einen concreten Fall sich bezog, wo jene denuntiatio entweder gar nicht in Frage kam, oder gesondert betrachtet wurde. — Wegen der exc. doli vgl. außer den Citirten noch Paul. 24 ad Ed. (D. XLV, 1, 73. § 2. s. A. 1217).

adoptirten Rechtssätze der bon. fid. a. Platz, sondern darüber hinaus auch noch die Verpflichtung des Schuldners zur Prästation von Verzugszinsen oder von omnis causa und etwaiger Schäden, eine Ordnung, die, wie Nerat. bei Paul. 14 Resp. (D. XXII, 1, 14. § 1) ergiebt, wiederum von den Proculianern ausgeht. Und zwar was zunächst die usurae und omnis causa betrifft, so nehmen diese Sätze ihren Ausgang vom Fideicommiße,[1679a]) werden sodann zuvörderst auf das legatum sinendi modo übergeleitet:

Gai. II, 280: legatorum — usurae (sc. si heres moram solutionis fecerit) non debentur idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Juliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquitur idem iuris esse, quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis obtinere video;

und endlich von hier aus auch auf das Damnationslegat erstreckt,[1680]) wo sie bekundet werden von Ulp. 15 ad Ed. (D. XXII, 1, 34) und Paul. sent. rec. III, 8, 4. wozu vgl. Diocl. im C. Just. II, 41, 3, sowie, was die omnis causa insbesondere betrifft, von Paul. 3 ad Sab. (D. XXX, 1, 23).

Und wiederum der Rechtssatz bezüglich sonstiger durch die mora solvendi verursachter Schäden wird bekundet für das Fideicommiß von Scaev. 17 Dig. (D. XXXII, 1, 35. pr.) und Pap. 9 Resp. (D. XXXI, 1, 78. § 2), sowie von

Paul. 2 ad Nerat. (D. XXXII, 1, 26): is, qui fideicommissum

1679a) Hier werden dieselben bekundet auch von Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. pr. § 4); Ulp. 15 ad Ed. (D. cit. 34); Paul. 21 Quaest. (D. XXXI, 1, 84), sent. rec. III, 8, 4. wozu vgl. Diocl im C. Just. II, 41, 3; und bezüglich der usurae insbesondere von Pap. 9 Resp, (D. XXXI, 1, 78. § 2); Paul. 14 Resp. (D. cit. 87. § 1); endlich bezüglich der omnis causa insbesondere von Nerat. bei Paul. 14 Resp. (D. XXII, 1, 14. § 1); Marc. 15 Dig. (D. XXXVI, 1, 44. § 1); Pap. 17 Resp. (D. XXII, 1, 8); Ulp. 15 ad Sab. (XXXVI, 1, 18. pr.); Paul. 14 Resp. (D. XXII, 1, 14. pr.), 2 ad Ner. (D. XXXII, 1, 26); Modest. 9 Diff. (D. XXII, 1, 39).

1680) Vgl. Madai, Mora 347 fg. Schilling, Inst. § 238 q. Göschen, Vorlesungen III, 635. Irrig ist Mommsen, Beitr. III, 123. A. 3; und dann auch Liebe, Stipulat. 63 fg., daß dafür eine eigene a. ex testamento neben die certi cond. getreten sei. Nicht bezieht sich auf das legatum per damnat., als vielmehr per vindicat. Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1): s. A. 1177.

debet, post moram non tantum fructus, sed etiam omne damnum, quo affectus est fideicommissarius, praestare cogitur;

und für das Damnationslegat von

Afr. 5 Quaest. (D. VII, 1, 36. § 2): ususfructus servi Titio legatus est; quum per heredem staret, quo minus praestaretur, servus mortuus est; aliud dici non posse —, quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii interesit moram factam non esse (vgl. A. 1439), ut scilicet ex eo tempore in diem, in quo servus sit mortuus, ususfructus aestimetur. Cui illud quoque consequens esse, ut, si ipse Titius moriatur, similiter ex eo tempore, quo mora sit facta, in diem mortis aestimatio ususfructus heredi eius praestaretur.

Endlich fünftens wird auf jene Klagen auch die Rechtsordnung der bon. fid. a. bezüglich der dolosen Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte übertragen:

Licin. Ruf. 4 Reg. (D. V, 1, 38): quod legatur, si quidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet, ubi est, nisi si dolo malo heredis subductum fuerit; tunc enim ibi dari debet, ubi petitur. Praeterea quod pondere aut numero aut mensura continetur, ibi dari debet, ubi petitur;

Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. pr.): si alibi relicta est (sc. res), alibi autem ab herede translata est dolo malo eius, nisi ibi praestetur, ubi petitur, heres condemnabitur doli sui nomine.

In diesen gesammten Neuordnungen aber prägt sich deutlichst erkennbar der Entwickelungsgang aus, daß die betreffenden Reformen zuerst bei dem Fideicommiß einsetzten, beeinflußt durch das Verhältniß, daß dieses bezüglich der voluntatis ratio der aequitas unterfiel (A. 1676); und daß sodann von hieraus dieselben auf das legat. sin. modo, eine ganz junge Schöpfung sich überleiteten, um endlich von da aus auch bei dem legat. per damn. Eingang zu gewinnen.

§ 137.

Fortsetzung.

Die Uebertragung der mora auf die stricti iuris actiones.

Die Rechtsordnung der bon. fid. a. bezüglich der mora solvendi erfuhr auch in der gegenwärtigen Periode keine Uebertragung auf die certi cond.: es wird hierbei die altüberlieferte Ordnung beibehalten, daß bei diesen Klagen jene mora völlig irrelevant ist und insbesondere nicht die Verbindlichkeit zur Erstattung eines quanti interest: weder von Verzugszinsen, noch von sonstigem Schadenersatze begründet (A. 1171. 1208), indem vielmehr die poena temeritatis von $33^{1}/_{3}$ % oder bei a. de constituta pecunia von 50 % statt Alles dessen eintritt.[1681]) Davon ergiebt nur relativ eine Ausnahme die a. fideicommissi, da solche zwar stricti iur. a., nicht aber certi cond. ist (A. 1647); wohl aber ergeben unbedingte Ausnahmen theils die a. legati per damnat. und sin. modo (§ 136), theils die cond. furtiva (§ 119) auf certa pecunia, wo beidemal die bis zur Lit. Cont. erwachsenen Verzugszinsen zu dem geforderten Capitale in iure hinzugeschlagen werden, theils endlich die certi condictio aus Stipulation mit vereinbartem Zahlungsorte, indem bei solcher der Kläger den seit Beginn der mora eingetretenen Coursverlust der pecunia promissa mit hinzurechnen und um deren Betrag das certum der Klage ebenfalls in iure erhöhen darf:

> Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 4. pr.): quodsi Ephesi petetur (sc. ex stipulatione Ephesi X dari), ipsa sola summa petetur nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus vel si temporis utilitas (A. 751) intervenit;

eine Singularität, die sich aus der Tendenz erklärt, solche Klage in ihrem öconomischen Gehalte mit der a. de eo quod certo loco möglichst auszugleichen (A. 1439).

Was dagegen die triticaria mit Einschluß der incerti cond.

1681) Dies bekunden ausdrücklich die bei A. 1208 fg. Citirten, sowie Diocl. im C. Just. II, 41, 3: in his —, quae moram desiderant id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et legatis. Unbegründeten Widerspruch erhebt Keller, Lit. Cont. 21. Andrerseits vgl. Madai, Mora 369 fg. Liebe, Stipul. 52. Glück, Pand. IV, 249. Göß, de condict. I, 39 fg.

betrifft, so ward die älteste Rechtsordnung (A. 1171. § 98) bereits abgeändert durch die Constitution der Veteres bezüglich der cond. furtiva, welche hier an solchen delictischen Besitz die Folgewirkungen der mora solvendi bei bon. fid. a. anknüpfte,[1682]) wie anderntheils durch das Edict De eo quod certo loco, welches auf den Thatbestand der mora solvendi, wie auch des Verzuges bei nicht vereinbartem Solutionstermine für Stipulation oder mutui datio mit bestimmtem Solutionsorte noch weiter gehende analoge Wirkungen stützte (§ 119). Und die hierin angezeigte Richtung ward nun gegenwärtig weiter verfolgt, indem bereits zu Beginn der gegenwärtigen Periode von Seiten der Proculianer[1683]) wenn auch nicht die sämmtlichen, so doch gewisse der bei bon. fid. a. an die mora solvendi angeknüpfte und zwar die bei der a. ex stipulatu bereits zur Geltung gelangenden Folgewirkungen (A. 1407) auf die cond. triticaria, wie auf die entsprechende a. fideicommissi übertragen und diese Rechtsordnung späterhin allgemein adoptirt wurde, während wiederum die Sabinianer an die Lit. Cont. den Effect der mora solvendi in der bon. fid. a. anknüpften (§ 139).

Und zwar wird solcher mora zuvörderst der Effect beigemessen, bei Debitum von res non fungibilis oder von facere die unbeschränkte Haftung für Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte auf den Debitor zu übertragen, so daß insoweit, als derselbe bis dahin lediglich sei es

---

1682) Vgl. A. 1671; dann auch Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 1, 8. § 1); Paul. 18 ad Sab. (D. XII, 2, 30. § 1). Diese Rechtsordnung ward außerdem auch in anderer Beziehung verallgemeinert, so bezüglich der a. rer. amot. (A. 1671), bezüglich des interd. unde vi: Tryph. 15 Disp. (D. XLIII, 16, 19); vgl. Ulp. 69 ad Ed. (D. cit. 1. § 40); Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 5, 11). — Dagegen die a. ex stip. folgt in der mora solvendi dem Gesetze der bon. fid a.: A. 1407.

1683) Die frühesten Juristen, welche die Uebertragung obiger Rechtswirkungen auf die stricti iur. negotia bekunden, sind Lab. bei Pomp. 3 ex Plaut. (D. XXII, 2, 2), Cels. d. J. bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 3) und Nerat. bei Pap. 37 Quaest. (D. IV, 3, 19), somit Proculianer. Dagegen die Sabinianer, von welchen wiederum die reformatorische Theorie bezüglich der Lit. Cont. ausgeht, messen der mora solvendi bei stricti iur. negotia lediglich insoweit Relevanz bei, als darauf eine Lit. Cont. folgte und auch diesfalls nur insoweit, daß dann der Aestimationstermin vom quanti res est zu Gunsten des Klägers verändert ward: § 129 unter C 2 a.

für culpa in faciendo, sei es für facere im Allgemeinen, sei es für culpa im Allgemeinen haftet (§ 135. 136), mit dessen mora auf denselben auch die Haftung resp. für culpa in non faciendo und casus, oder für non facere, oder für casus übergeht: er wird durch die betreffenden Vorgänge nicht mehr von seiner Verbindlichkeit liberirt, vielmehr hat er ebenso bei totaler Vereitelung des Debitum, wie bei Deterioration des Schuldobjectes dessen Aestimation dem Gläubiger zu prästiren, so daß insbesondere letzteren Falles die Solution keinen liberatorischen Effect mehr hat:

Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 1, 5): quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat;

Marcell. 20 Dig. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3): si post moram deterior res facta sit, habendam aestimationem quanto deterior res facta sit, et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum;

Paul. 18 ad Ed. (D. XII, 2, 30. § 1); vgl. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 7);

Sätze, die auch im Einzelnen bekundet werden für die Stipulation von

Jul. 52 Dig. (D. XLV, 1, 56. § 8) und bei Paul. 17 ad Plaut. (D. cit. 91. § 1); Pomp. 9 ad Sab. (D. cit. 23); Pap. 28 Quaest. (D. XLVI, 3, 95. pr.); Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1), 78 ad Ed. (D. XLV, 1, 82. § 1); Paul. 37. 72. ad Ed. (D. cit. 49. pr. 83. § 7); Marc. 4 Reg. (D. XII, 3, 5. § 4); vgl. Nerat. und Jul. bei Pap. 37 Quaest. (D. IV, 3, 19) und Jul. 11 Dig. (D. XIII, 5, 23); Marcell. bei Ulp. 46 ad Sab. (D. XLV, 1, 29. § 1); Pomp. 9 Ep. (D. XLVI, 3, 92. pr.); Paul. 5. 6. 17 ad Plaut. (D. XLIV, 7, 45. XLV, 1, 88. 91. pr.), 9 ad Sab. (D. cit. 24);

sodann für das Damnationslegat von

Afric. 5 Quaest. (D. VII, 1, 36. § 2. XXX, 1, 108. § 1. 11); Pomp. 9. 15 ad Sab. (D. XLV, 1, 23. XXXIII, 2, 6); Ulp. 21. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1. fr. 47. § 6);

endlich für das Fideicommiß von

Alex. im C. Just. VI, 47, 3.

Und sodann hat die mora solvendi den Effect, daß dann, wenn der Debitor die geschuldete res debita oder das facere nicht leistet,

für dessen Aestimation neben den Zeitpunkt und Ort der Lit. Cont. der Zeitpunkt des Eintrittes der Mora, wie der vereinbarte Solutionsort tritt (§ 72 unter B2 a. und 1c), wobei somit, abweichend von der bon. fid. a. die Lit. Cont. anstatt des Judicates als maaßgebend für die Aestimation festgehalten wird:

Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37): in stipulatione — id tempus spectatur, quo agitur, nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret aut per creditorem, quo minus acciperet; etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet;

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3): ad tempus morae in his (sc. cond. tritic.) erit reducenda aestimatio;

vgl. Sab. bei Jul. 4 ex Min., Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov., Jul. 88 Dig., Ulp. 20 ad Ed. in A. 1714.

Und endlich ward auf die stricti iur. negotia auch die Theorie von der purgatio morae übertragen.[1684]).

Dahingegen ward nicht auf die cond. tritic. übertragen, beziehentlich schon bedingt durch deren Richtung auf das quanti res est (A. 1474), die Rechtswirkung, daß die mora solvendi den Schuldner ebenso zur Restitution des mittelst der res debita gemachten Gewinnes und insbesondere der omnis causa, als auch zum Ersatze des durch seine Mora dem Gläubiger verursachten Schadens verpflichte,[1685]) indem es nur isolirte Ausnahmen sind, die in beiden Punkten bezüglich der a. fideicommissi und legati sinendi modo, wie per damnationem (§ 136), ingleichen bezüglich der cond. furtiva und a. rer. amot. (A. 1671) Platz greifen, wogegen nur scheinbare Ausnahmen sich ergeben in der a. de eo quod

1684) Cels. bei Paul. 17 ad Plaut. in A. 1683. Paul. 24 ad Ed. in A. 1217. 27 ad Ed. (D. XIII, 1, 8. pr.); vgl. A. 1545.

1685) S. § 98. — Dahingegen wird allerdings auf die a. ex stipulatu, wo die mora solvendi der Verletzung der doli clausula unterfällt und somit die derselben beim bon. fid. negotium zukommenden Wirkungen bereits früher insoweit, als möglich Platz griffen (A. 1407), gegenwärtig, nachdem derselben die Richtung auf das quanti interest zuerkannt worden (§ 142 unter III b), der Effect solcher mora übertragen, den Debitor zum Ersatze des dem Creditor verursachten Schadens zu verpflichten: Proc. 2 Ep. (D. XLV, 1, 113. § 1); Gai. 29 ad Ed. prov. (D. II, 11, 8); Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. § 2); Paul. 11 ad Sab. (D. II, 11, 12. § 1).

certo loco, da solche nicht mehr ächte condictio ist (A. 829. 1439), wie im ersteren Punkte insbesondere in den übrigen cond. ob caus., da hier deren Natur als Bereicherungsklage ohne Weiteres Modificationen ergiebt (A. 1669).

Endlich als Thatbestände der mora solvendi werden anerkannt theils der furtive Besitz (A. 1682), theils die bei den bon. fid. a. statuirten: die Nichtleistung am vereinbarten Solutionstermine, die Interpellation Seitens des Gläubigers bei unbestimmtem Solutionstermine, wie das decretum ius dicentis bei hereditas vacans, wobei indeß diese letzteren beiden Thatbestände von den älteren Sabinianern nicht anerkannt werden.[1686])

Dahingegen bezüglich der mora accipiendi war es ein durchaus anderer Weg, den die Rechtsbildung gegenüber der alten Ordnung einschlug, daß innerhalb der condictiones jene Mora den Schuldner ohne Weiteres und ipso iure liberirte (bei A. 1217), indem die Rechtssätze der bon. fid. negotia in diesem Punkte lediglich auf die a. legati per damn. und sinendi modo, wie fideicommissi (A. 1679), im Uebrigen dagegen weder auf die certi, noch auf die trit. cond. übertragen wurden. Vielmehr wurde auf die erstere die Ordnung des XII Tafelrechtes übergeleitet: es wurde der Schuldner zur Deposition der Schuldsumme verpflichtet, welchenfalls derselbe lediglich zur Ausantwortung des Depositum verbunden, im Uebrigen dagegen von seinem Debitum ipso iure liberirt ward, während ohne solche Deposition die mora accipiendi ohne juristischen Effect verblieb.[1687])

1586) Vgl. A. 1004 fg. Verzug bei vereinbartem Solutionstermine wird allgemein anerkannt: Sab. und Cass. in A. 1714; Afr. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37); Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40), 6 Resp. (D. XIX, 1, 47); vgl. Pap. 11 Resp. (D. XXII, 1, 9. § 1). Dagegen die interpellatio wird zwar bereits von Lab. bei Pomp. 3 ex Plaut. (D. XXII, 2, 2) statuirt, und dann von Marc. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. pr. § 1), wozu vgl. A. 1172; Afric. 7 Quaest. (D. XLIV. 7, 23); Pomp. 6. 9 ad Sab. (D. XXX, 1, 36. § 3. XLV, 1, 23); Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXVII, 6, 5. § 1); Paul. sent. rec. III, 8, 4. 37 ad Ed. (D. XXII, 1, 24. § 2. XLV, 1, 49. § 3), 9 ad Sab. (D. XLV, 1, 24); dagegen von den älteren Sabinianern negirt: A. 1714. Das Erforderniß der interpellatio greift übrigens weiter, als das Edict De eo quod certo loco: A. 1440.

1687) Pap. 2 Resp. (D. XXII, 1, 7): debitor usurarius creditori pecuniam obtulit et eam, quum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit; ex

Dagegen für die cond. tritic., bei deren Objecte nur eine Dereliction, nicht eine Deposition möglich war (A. 1013a), wurde die Verpflichtung zu der ersteren dem Schuldner nicht auferlegt, vielmehr schlechthin an der alten in § 98 dargelegten Ordnung festgehalten, daß der Schuldner durch die mora accipiendi ohne Weiteres und ipso iure von seiner Verbindlichkeit liberirt werde.[1688])

---

eo die ratio non habebitur usurarum. Quodsi postea conventus, ut solveret, moram fecerit, numi steriles ex eo tempore non erunt; wobei der Schluß der Stelle so sich erklärt, daß anfänglich die Deposition der pecunia clausa et obsignata, deren Alf. 5 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 31) und Pap. 3 Resp. (D. XVI, 3, 25. § 1) gedenken, bei einem Privaten erfolgen konnte: Paul. sent. rec. II, 12, 1 (Collat X, 7, 1) und nun auf Erfordern des Gläubigers der frühere Schuldner und Deponent das Depositum zurückzuziehen und dem ersteren auszuantworten hatte, da eine a. depositi utilis zu Gunsten von jenem erst zu Ende dieser Periode geschaffen wurde: Diocl. im C. Just IV, 32, 19. III, 42, 8. wozu vgl. Paul. 4 Resp. (D. XVI, 3, 26. pr.) Für den Fall nun, daß der Deponent solches verweigerte, griff jene Ordnung Platz, die Pap. bekundet. Dagegen die Deposition im eigenen Gewahrsam, woran Mommsen, Beitr. III, 307 A. 3 denkt, ist unmöglich: Ulp. 30 ad Ed. (D. L, 17, 45. pr.); Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31. § 1); vgl. Jul. 15 Dig. (D. cit. 15). — Diocl. im C. Just, IV, 32, 19: acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer; at si non suscipiat, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur. — Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et ius pignorum tollitur; vgl. Car. das. c. 6. Diocl. das. VIII, 43, 9.

1688) Ulp. 24 ad Sab. (D. XLVI, 3, 9. § 1), wozu vgl. A. 1217. Abgesehen von den auf Damnationslegat und Fideicommiß bezüglichen Stellen in A. 1679, welche bei den durchgreifenden diesfallsigen Singularitäten für die cond. trit. im Uebrigen nicht maaßgebend sind, bezieht sich auf die mora solvendi bei der letzteren meines Wissens nur noch der obcitirte Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37). Diese Kargheit der Quellen vermag ich nur in der Weise zu erklären, daß Tribonian die trit. cond. im fraglichen Punkte der bon. fid. a. gleichstellen wollte und so nun planmäßig alle von der mora accipiendi in jenen Verhältnissen handelnden Stellen ausschied. Dieser Ausschließung jedoch unterfiel nicht Afric. cit., da hier die Sentenz ganz allgemein gehalten ist, während die Aufnahme von Ulp. cit. nur aus Versehen erfolgte, da hier der Effect der mora nur kurz und nebenbei angegeben wird.

§ 138.

Die Umwandelung der Litiscontestation.

Während die in § 126 betrachteten Vorgänge das Bild eines Entwickelungsprocesses darbieten, aus welchem bald völlig neue Gestalten, bald wieder Umformungen überlieferter Figuren hervorgehen; während so daher die Rechtsbildung in der reichen Fülle ihrer Gestaltungskraft bald vorhandene Lücken im Rechte ausfüllt, bald aber auch die überlieferten Ordnungen durch das Zeitgemäßere modificirt, ersetzt oder ergänzt; so tritt neben solchem Entwickelungsprocesse auch noch eine Reform ganz anderen Characters zu Tage, welche in einer überwiegend negativen Richtung ihren Schwerpunkt findet und hier nun von der Tendenz bestimmt wird, eine von Alters überlieferte Rechtsordnung des rigor abzustoßen und zu beseitigen: in der Umwandelung, welche die Lit. Cont. in ihrer theoretischen Stellung und Wirksamkeit erfährt. Während daher solche Reform weniger zur Aufstellung neuer Sätze der aequitas, als vielmehr zur Zerstörung gewisser der Letzteren widerstreitender Ordnungen des rigor führt, so gewinnt doch dieselbe auch in dieser negativen Richtung nichtsdestoweniger eine hohe rechtshistorische Bedeutung dadurch, daß damit eine der wichtigsten Positionen, welche der rigor noch behauptete, zerstört und damit in weitgreifender Beziehung der aequitas eine neue Geltungs-Sphäre eröffnet ward.

Die ursprüngliche Stellung aber der Lit. Cont. und deren so hervorragende Bedeutung beruhte darin, die gesammte solenne Action in iure zum Abschluß zu bringen und zu perficiren, so daß von ihr nun die Folgewirkungen jener Action selbst aufgenommen, zusammengefaßt und fixirt werden. Diese Folgewirkungen selbst aber beruhen wiederum auf einem in jener Action sich vollziehenden Vorgange, dessen theoretische Bedeutung aus der verbi ratio sich ergiebt. Denn indem in der Legisaction ebenso der von dem Kläger verfolgte concrete Klaganspruch oder die actio im civilrechtlichen Sinne, wie andrerseits die Defension des Beklagten in die solennen Worte der Klagformel, wie der Gegenrede der leg. a. eingekleidet werden (§ 2 unter d. e), so vollzieht sich hiermit eine Umwandelung des Objectes selbst der Rechtszuständigkeit des Klägers: der Klaganspruch an sich oder die actio geht unter,

indem er durch die Klagformel aufgezehrt: processualisch consumirt wird; allein andrerseits geht aus dem ersteren die concrete Klagformel oder leg. a. hervor und wird als neues Object der Rechtszuständigkeit: als ein Proceßanspruch dem Kläger erworben. So daher vollzieht sich hiermit ein Umsatz des Klaganspruches in die Klagformel: indem an die Stelle des civilrechtlichen Klag- und und Rechtsanspruches, wie solcher aus dem rechtsbegründenden Thatbestande in concreto sich ergiebt, der processualische Klaganspruch tritt, wie solcher in den Legisactionsworten in concreto concipirt ist, so substantiirt sich zugleich der concrete Gehalt des letzteren aus dem juristischen Stoffe des ersteren. Solche Metamorphose äußert aber in Besonderen ihre Wirkung in verschiedener Weise je bezüglich der drei Träger des Processes:

Zuerst für den Richter, indem er über jenen Proceßanspruch nach Maaßgabe seiner Wortconception zu entscheiden hat, ergiebt sich daraus die Aufgabe, über die ihm vorgelegte Frage auf Grund der den Rechtsstreit concipirenden concreten Klagformel zu erkennen, wie solche ihm durch die causae coniectio übermittelt ist (A. 1303): er hat den maaßgebenden Rechtssatz auf diejenigen thatbeständlichen Verhältnisse anzuwenden, wie solche durch den Wortlaut der Legisactionsformel ihm dargelegt sind. Oder, mit anderen Worten: derselbe ist nicht befugt, bei Betrachtnahme und Beurtheilung der thatbeständlichen Verhältnisse des Streitfalles zurückzugreifen über die Legisactionsformel und die Ausprägung jener Verhältnisse in dem Leben unmittelbar und abgesehen von deren Darstellung in solcher Formel in Betracht zu ziehen; vielmehr ist er darauf beschränkt, jenen Thatbestand nach Maaßgabe der in der leg. a. sacramento oder per iud. post. oder per condict. ihm gegebenen Wortdarstellung zu beurtheilen (§ 5. 32. 48. 95): es ist für den Richter maaßgebend das Rechtsverhältniß nicht wie es im Leben ausgeprägt, sondern wie es in der legis actio verlautbart ist.

Sodann dem Kläger, indem durch das Verfahren in iure und im Besonderen durch das Aussprechen der Legisactions-Worte sammt der Lit. Cont. der Klaganspruch untergangen und in der Klagformel ein neues Object der Rechtszuständigkeit: ein Proceßanspruch erworben ist, wird hiermit ipso iure die Möglichkeit abgeschnitten, ein zweites Mal die nämliche Klagformel aus dem

zerstörten Klaganspruche mit irgend welchem Erfolge und selbst nicht gegen den correus debendi herzuleiten, da es für solche zweite Klagformel an jeglichem Stoffe fehlt,[1689]) während wiederum jener Proceßanspruch unbedingt d. h. selbst dann vererblich ist, wenn solches der Klaganspruch selbst nicht war (A. 1691).

Endlich bezüglich des Beklagten hat der Untergang des Rechtsanspruches und dessen Umwandelung in einen Proceßanspruch eine Mehrheit von Consequenzen zur Folge: theils wird dadurch dem Beklagten die Möglichkeit entzogen, den Rechtsanspruch sei es in solenner, sei es in unsolenner Weise zwischen Lit. Cont. und Urtheil noch mit Rechtswirksamkeit zu erfüllen, da vielmehr nur noch bezüglich des Proceßanspruches eine Erfüllung juristisch möglich ist und dieser wiederum erst durch die richterliche Condemnation erfüllungsfähig und insbesondere per aes et libram solvabel wird, somit aber die Solution zwischen Lit. Cont. und Urtheil ipso iure unwirksam ist;[1690]) theils sodann wird nach der Lit. Cont. der Beklagte durch den casuellen Untergang des Schuldobjectes oder dessen Deteriorirung selbst dann nicht mehr liberirt, wenn bis dahin derselbe nur für Verschuldung zu haften hatte (§ 102 unter 1), dementsprechend denn auch der Grundsatz: noxa caput sequitur nur

---

1689) Dieser Rechtssatz ward gekleidet in das Verbot des actum agere: Cic. de Amic. 22, 85: acta agimus, quod vetamur vetere proverbio; und so nun Plaut. Cist. IV, 2, 36. Pseud. I, 3, 28. Ter. Phorm. II, 3, 72. Ad. II, 2, 24. Donat. in h. l. vgl. dens. zu Andr. III, 1, 7. Cic. ad. Att. IX, 18, 3. Liv. XXVIII, 40, 3. wie endlich Gai. IV, 108: alia causa fuit olim legis actionum; nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat: vgl. Keller, Civ. Pr. A. 464. 712.

1690) So in Bezug auf die Obligation die Parömie der Veteres bei Gai. III, 180: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Das iudicatum facere erfolgte bei Obligationen per aes et libram: Gai III, 173, somit je nachdem auch als mancipatio, so z. B. Gai. I, 140. IV, 79., wogegen solches per aes et libram solvere des ex litis contestatae causa debitum nicht möglich ist. Im Uebrigen vgl. A. 1218. Keller, a. O. bei A. 790. Allein ausgeschlossen ist zwischen Lit. Cont. und Urtheil nur die Solution schlechthin d. h. als einseitige Erfüllung Seitens des Beklagten, nicht aber als processualisches pactum, als welches dieselbe wiederum ipso iure wirksam wird, aber an die zwiefache Beschränkung gebunden ist, daß theils der Kläger in die Entgegennahme der Solution seiner Seits consentirt, theils aber auch das pactum in iudicio besonders verlautbart werde: A. 230.

bis zur Lit. Cont. seine Wirksamkeit behauptet; nicht minder verliert der Beklagte durch die Lit. Cont. das vertragsmäßige Wahlrecht bei alternativer Obligation, wogegen derselbe dadurch von der Klage der übrigen correi credendi liberirt wird; und endlich wird dadurch auch auf Seiten des Beklagten der wider denselben geltend gemachte Anspruch unbedingt vererblich.[1691])

Im Uebrigen ist hinsichtlich jenes Umwandelungsprocesses dem ältesten römischen Rechte der Gedanke und die Auffassung einer Novation noch völlig fremd: es vollzieht sich lediglich ein Umsatz der actio in eine legis actio: des Klagrechtes in einen Proceßanspruch, nicht aber ein Umsatz des Klagrechtes in ein neues Forderungsrecht.[1692]) Denn weder ist das dingliche Recht der leg. a. sacr. in rem überhaupt empfänglich, durch Novation einen Umsatz in eine Obligation zu erfahren, noch wird bei den lites der leg. a. sacr. in personam oder bei den iudicia oder arbitria der leg. a. per iud. post. durch die Lit. Cont. eine von dem bisherigen Rechtsanspruche materiell verschiedene Obligation gesetzt: denn es wird das klagbar gemachte Recht in seinem juristisch substantiellen Gehalte auf das Genaueste in die Legisactions-Formel concipirt (A. 20), ohne irgend welche Stoffwandelung oder einen Zusatz oder Abzug zu

---

1691) Wegen des periculum im Allgemeinen der res debita s. § 98; im Besonderen wegen des noxalen Besitzes s. Ulp. 18. 37 ad Ed. (D. IX, 1, 1. § 13. 16. IX, 4, 38. pr.); Tryph. 15 Disp. (D. IX, 4, 37). — Wegen Verlust des Wahlrechtes s. Jul. 53 Dig. (D. XLVI, 1, 16. pr.), Ulp. 77 ad Ed. (D. XLVI, 3, 57); vgl. Mommsen, Beitr. III, 262 fg. — Wegen Liberirung von der Klage der übrigen correi s. Jav. 3 ex Plaut. (D. XLV, 2, 2), Gai. 3 de V. O. (D. cit. 16); vgl. Arndts, Pand. § 271, 4. — Wegen Ueberganges der Klage auf die Erben s. Keller, Lit. Cont. 76 fg. 166 fg. — Dagegen ist der Lit. Cont. nicht der Effect beizumessen, die bezüglich der omnis causa oder sonstigen Gewinnes von der res debita, wie bezüglich der Impensen bis dahin bestandene Rechtsordnung zu alteriren, ein Satz, der nicht dem geringsten Zweifel unterliegt bezüglich der leg. a. sacr. in rem, der arbitria, wie der leg. a. per cond.

1692) Anders Keller, der die Novation als wesentliches und allgemeines Correspondenzverhältniß der Consumtion setzt und damit nun in einen Widerspruch geräth: denn beim dinglichen Rechte versagt zweifellos die Novation: Civ. Pr. bei A. 711, gleichwohl aber tritt in der leg. a. ipso iure Consumtion ein, wie Gai. (A. 1689) bezeugt, und auch aus sachlichen Gründen zu folgern ist: Civ. Pr. bei A. 790. Vgl. auch oben A. 941, sowie im Allgemeinen Kuntze, Inst. II, 320 fg.

erfahren, da ja auch der etwa hinzutretende Anspruch auf poena temeritatis bereits vor der Lit. Cont. durch die actio an sich oder durch die infitiatio oder vindiciae latio des Beklagten dem Kläger erworben ist (§ 78). Daher ist es in Wahrheit, wie bemerkt, nicht Stoffwechsel, als vielmehr lediglich juristische Formwandelung, welche im ältesten römischen Rechte der Klaganspruch in seinem juristischen Gehalte erleidet. Wohl aber werden Gedanke, wie Elemente der Novation durch die leg. a. per cond. dem römischen Rechte zugebracht, durch jene Rechtsgruppe somit, welche bereits innerhalb des Civilrechtes die Figur der Novation kennt und als etwas Fertiges entgegenbringt (§ 99 unter B 6): denn bei der leg. a. legis Siliae wird durch die Lit. Cont. ebenso dem Anspruche des Klägers ein Zuwachs von $33^1/_3$ % zu Theil, wie für den Beklagten ein Anspruch auf solchen Procentsatz neu begründet, während bei der leg. a. legis Calpurniae das Forderungsrecht des Klägers durch die Lit. Cont. vollständig zerstört und an dessen Stelle ein neues und ächtes Forderungsrecht auf das quanti ea res erit jener bisherigen Forderung gesetzt wird.[1693])

Jene dreifältigen Consequenzen der obigen Rechtsordnung mitsammt der Nebenfigur der Novation wurden nun in dem zweiten Abschnitte der vorigen Periode ebensowohl auf den Sponsionsproceß der lex Aebutia, wie auf die unmittelbare formula des ius gentium: auf die a. ex empto vend. und weiterhin auf die bon. fid. a. im Allgemeinen übertragen,[1694]) obwohl einestheils mit der Modification, daß an Stelle der Legisactionsworte die Worte der formula als Stützpunkt für jene drei Sätze eintreten, sowie anderntheils mit der dreifältigen Einschränkung, daß die processualische Consumtion zunächst, wie von Alters her bei dem Recuperations-

1693) § 98. Bezüglich der Zerstörung der alten Obligation vgl. insbesondere noch Gai. III, 180. Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 6): si stipulatus decem aut Stichum — sim, — petitione — unius rei tota obligatio solveretur; vgl. Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28), 9 Quaest. (D. XV, 1, 50. § 2); Paul. 6 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIV, 3, 29). Bezüglich des Eintretens einer neuen Obligation: Gai. l. c., sowie A. 1219. Und auf beiden Momenten ruht nun endlich der Begriff der Novation: A. 1710.

1694) § 106. Diese letztere Thatsache, wegen deren vgl. § 114 a. E., beseitigt jeden Zweifel, daß alle die obigen drei Consequenzen auch bei den arbitria legitima Geltung hatten.

und dem römisch-italischen Municipal-Processe (Thl. II A. 186), so auch bei der Klage mit iudicium imperio continens versagte; daß sodann dieselbe auch nicht übertragen wurde auf das in rem agere per sponsionem und dadurch beeinflußt auch später nicht auf die formula petitoria, da die erstere Proceßart durch Gehalt, wie Form: durch die Einkleidung des Anspruches auf rem ex iure Quir. meum esse in einen Anspruch auf Numerium Neg. Aulo Ag. sh. XXV nummos (nummum unum) dare oportere der Annahme einer Novation als völlig unvereinbar widerstrebte; und daß endlich derselben die Geltung später auch bei den actiones in factum conceptae abgesprochen wurde, vielmehr in allen diesen drei Beziehungen zwar die Ausschließung der eadem actio gleichfalls festgehalten, aber nicht auf die Figur der processualischen Consumtion, als vielmehr auf den selbstständigen Rechtssatz der Unstatthaftigkeit einer Wiederholung der res in judicium deducta, wie iudicata gestützt wurde. Endlich wieder die Unwirksamkeit der Solution zwischen Lit. Cont. und Urtheil verlor im Formularprocesse durch die Restitutionsclausel ohne Weiteres ihre Geltung bei den actiones arbitrariae.[1695])

In der gegenwärtigen Periode nun, indem dem solennen Worte eine völlig veränderte Stellung im Rechte angewiesen wird: indem dasselbe aufhört, juristischer Repräsentant der Willensbestimmung zu sein, vielmehr zu deren einfachem Offenbarungs- und Erkenntnißmittel herabsinkt (§ 17. 57), gewinnt die Einkleidung des Klaganspruches in die formula oder resp. in die leg. a. dem entsprechend eine völlig veränderte theoretische Bedeutung: die Klagformel ist nicht mehr Nachfolger und Ersatz oder Aequivalent des Klagerechtes, als vielmehr nur noch einfache Ausdrucksform des bezüglichen Anspruches; und wiederum der Rechts- oder Klageanspruch selbst wird nicht mehr aufgezehrt oder consumirt durch die Klagformel und erleidet daher nicht mehr einen Umsatz in einen Proceßanspruch und damit eine Umwandelung seiner juristischen Wesenheit, sondern verbleibt auch nach der Lit. Cont. noch in Bestand und Wirksamkeit, obwohl nunmehr durch und mit dieser letzteren gewisse Beschränkungen

1695) Gai. III, 180. 181. IV, 106. 107. 114. Paul. 74 ad Ed. (D. XLV, 1. 84).

bezüglich seiner ferneren processualischen Geltendmachung mit ihm sich verbinden und insoweit modificirend auf ihn einwirken. Im Besonderen aber modificiren sich die obigen drei Folgesätze auf Grund dieser neuen reflexiven Ordnung wiederum in verschiedener Weise.

Und zwar zunächst der Richter hat über die actio oder legis actio nicht mehr nach deren Wortsinne an und für sich, sondern nach Maaßgabe der Willensbestimmung zu urtheilen, welche der Prätor mit der formula oder die Parteien mit der leg. a. verbanden, und demgemäß hat derselbe über den klagbegründenden Thatbestand nicht mehr nach Maaßgabe seiner Wortconception allein, sondern auch nach Maaßgabe seiner empirischen Gestaltung: so wie solcher im Leben sich ausprägt und gestaltet hat, zu erkennen.[1696])

Sodann in Bezug auf den Kläger tritt nunmehr an Stelle des Verbotes vom actum agere der selbstständige Grundsatz, daß das zuständige Recht in Folge je einer beschehenen Rechtsverletzung nur Ein Mal einen Klaganspruch erzeuge: der Rechts- oder Klaganspruch, an und für sich durch die erhobene Klage nicht consumirt und somit wohl fähig, eine zweite anderweite Klage zu begründen, wird dem Verbote des ne bis idem exigatur unterstellt, welches, auf dem Gebiete des Civilrechtes zu mannichfacher Anwendung gelangend (A. 1101. 1614a. 1662 fg.), auf dem Gebiete des Proceßrechtes den parömischen Ausdruck gewinnt: ne bis de eadem re agere liceat[1697]) und so nun in einer zwiefachen Rechtsordnung zur Geltung gelangt: theils in der

1696) A. 646. § 28 unter a. Und so nun z. B. Pomp. 16 ad Sab. (D. XLIV, 2, 20): si ex testamento actum sit cum herede ab eo, qui, quum totum argentum ei legatum erat, mensas duntaxat sibi legatas putaret earumque duntaxat aestimationem in iudicio fecisset, postea eundum petiturum de argento quoque legato Trebatius ait nec obstituram ei exceptionem, quod non sit petitum quod nec actor petere putasset nec iudex in iudicio sensisset, wozu vgl. Keller, a. O. A. 511.

1697) Jul. Vict. ars. rhet. III, 10. p. 382 H.: bis de eadem re agere non licere — — illi ex lege praescribunt; IV, 8. p. 392: cum lege cautum sit, ne bis de eadem re agere liceat; dann auch Ter. Phorm. II, 3, 59. Quint. J. O. VII, 6, 4. Pseudo-Quint. Decl. 266. Vgl. Keller, in A. 1689 cit., Krüger, proc. Cons. 4 fg. Birkmeyer, Exceptionen 241 fg.

Theorie von der Rechtskraft und von der ausschließenden Wirkung der Lit. Cont.: durch exc. rei iudicatae und in iudicium deductae oder durch deren Geltendmachung mittelst defensio ipso iure die eadem actio aus der eadem quaestio ausschließend,[1698]) theils in der Theorie von der Klagenconcurrenz: durch bezügliche exc. doli (A. 1668) oder deren Geltendmachung mittelst defensio ipso iure (A. 1101) die zweite, juristisch verschiedene Klage auf eadem res (Vermögenssubstanz) und ex eodem facto (Rechtsverletzung) reprobirend.[1699]) Indem so daher an Stelle des ne actum agere das ne bis de eadem re agere liceat oder an Stelle der eadem actio die eadem quaestio, wie res eintritt, so gelangt damit an Stelle jenes älteren allerdings ein ganz neuer dogmatischer Gesichtspunkt zur Geltung; allein immerhin ist, was die processualische Consumtion einerseits und die Rechtskraft, wie ausschließende Wirkung der Lit. Cont. andrerseits anbetrifft, der juristische und practische Effect von beiden Rechtsordnungen der gleiche: Ausschließung des bereits in ius deducirten Rechtsanspruches von einer wiederholten klagweisen Geltendmachung.

1698) Vgl. Keller, a. O. A. 850. 859. Für die Einrede der res iudicata ist von Alters her durchaus maaßgebend die Identität der res d. i. der quaestio, und so zwar in der Parömie in A. 1697, dann in der technischen Bezeichnung res iudicata und in iudicium deducta, ingleichen in der Conception der exc. rei iudicata: quod ea res [q. d. a.] in iudicium ante [non] venisset [inter Aul. Ag. et Num. Neg.]: Cic. de Orat. I, 37, 168 oder später: Ac si ea res [q. d. a.] indicata non sit inter [Aul. Ag. et Num. Neg.]: Jul. bei Ulp. 75 ad Ed. (D. XLIV, 2, 9. § 1), vgl. Ulp. cit. (D. cit. 11. § 3); endlich bei Quint. J. O. VII, 6, 4. Jul. Vict. III, 10. Nerat. 7 Membr. (D. XLIV, 2, 27), Alf. 6 Dig. (D. V, 1, 76).

1699) Ulp. 28 ad Ed. (D. L, 17, 43. § 1): quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet; Paul. 22 ad Ed. (D. XLIV, 7, 41. § 1): si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut, quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, nihil (so st. id: Huschke in Ztschr. f. Civilr. und Proc. N. F. II, 180) consequatur. Hierher gehören auch Proc. bei Ulp. 18 ad Ed. (Coll. XII, 7, 9), Pomp. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 13) und Paul. 18 ad Ed. (D. XII, 1, 28. § 4), welche in Voigt, Cond. ob. caus. 153 fg. auf die Rechtskraft bezogen sind. Im Uebrigen vgl. A. 1101. 1668. Das älteste Zeugniß für diese Doctrin bietet Lab. in A. 1668. Vgl. Savigny, Syst. § 232. 235. Hinweis auf Controversen hierüber s. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 18. § 3). Die nöthige Klarheit fehlt bei Wieding, justin. Libellpr. 402 fg.

Diesem letzteren Verbote nun ward in der gegenwärtigen Periode von Seiten der aequitas eine Einschränkung entgegengestellt, die sonach nicht mehr der Rechtsordnung von der processualischen Consumtion, als vielmehr den Rechtssätzen von der Rechtskraft und ausschließenden Wirkung der Lit. Cont. gegenübertritt, und welche auf den für die Solidarobligation maaßgebenden Grundsatz [1700]) sich stützt: magis perceptio, quam intentio (i. e. actionis) liberat:

Ulp. 2 Disp. (D. XV, 1, 32. pr.): sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio, quam intentio liberet,

ein Rechtssatz, der somit unter gewissen thatbeständlichen Voraussetzungen eine aus der Rechtskraft oder ausschließenden Wirkung der Lit. Cont. resultirende Befreiung des Schuldners von der materiellen Befriedigung des Gläubigers abhängig macht. Jener besonderen thatbeständlichen Voraussetzungen aber, unter denen wegen mangelnder materieller Befriedigung des Gläubigers die Anwendung der Rechtssätze von der Rechtskraft oder von der ausschließenden Wirkung der Lit. Cont. versagt bleibt, sind drei:

a. dafern der Thatbestand der honorarischen rest. in int. wegen error, dolus malus oder vis vorliegt, indem in solchem Falle die ausgeschlossene zweite Klage dem Gläubiger restituirt wird, [1701]) und zwar durch Ertheilung solcher Klage als hono-

---

1700) Bezüglich der Solidar- im Gegensatze zur Correalobligation wird jenes Axiom ausgesprochen von Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 4): perceptione liberantur, non electione (sc. quae actione fit); Paul. 19 ad Ed. (D. IX, 3, 4): liberatur perceptione, non litiscontestatione; und so auch bezüglich der Concurrenz zwischen a. directa und de pecunia constituta von Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 18. § 3): solutione potius liberationem contingere, non litis contestatione.

1701) Die Quellen gedenken in obiger Beziehung des error vielfach; dolus malus kommt nur bei Proc. in Jul. 4 ad Urs. Fer. (D. XI, 1, 18) in Frage s. A. 1636; vis dagegen wird gar nicht erwähnt. — Im Uebrigen sind dem Obigen fern zu halten alle Stellen, wo der Kläger durch praescriptio eine divisio litis in personaler Beziehung vorgenommen hatte, so bei Pomp. in Ulp. 22 ad Ed. (D. XLVI, 1 27. pr.); vgl. Keller, a. O. § 41. Voigt, Cond. ob caus. A. 61. — Ebensowenig gehört hierher der Fall bei Jul. 4 Dig. (D.

rarischer a. restitutoria in den Fällen in A. 1636. 1638, ausgehend von dem Edicte in Dig. XXVII, 6, 1. § 6;

b. dafern Jemand seine Klage wider den correus durch Lit. Cont. mit dem anderen correus verloren und der Letzte rest. in int. erlangt hat, so wird dem Ersten jene Klage wider den Zweiten als civile restitutoria restituirt;[1702])

c. insoweit die a. de peculio oder de in rem verso durch Lit. Cont. oder Urtheil, aber ohne materielle Befriedigung des Gläubigers ausgeschlossen ist, wird dieselbe so oft wegen des ungedeckten Restes als civile restitutoria ertheilt, bis der Gläubiger volle Befriedigung erlangt hat:

Proc. bei Paul. 4 ad Plaut. (D. XV, 1, 47. § 8);[1703]) Jul. 12 Dig. (D. cit. 37. § 3); Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 30. § 4), 2 Disp. (D. XV, 1, 32. pr.); Marc. 4 Reg. (D. XXII, 1, 32. § 3).

Und neben Alle dem steht dann endlich noch die Theorie, daß die ohne materielle Befriedigung des Gläubigers durch Lit. Cont. oder Urtheil vermittelte Ausschließung weiterer Klage eine obligatio naturalis des Ersteren in Bestand lasse.[1704])

Und nicht minder ward auch die andere Consequenz der processualischen Consumtion: die unbedingte Vererblichkeit der Klage in activer Beziehung beibehalten.[1705])

XLIV, 7, 15) und bei Ulp. 13 ad Ed (D. XLIV, 2, 2), wo eine exc. den Verlust der Klage herbeiführte: A. 1640. Solches und die Stellen unter c werden von Keller, a. O. A. 934 sehr mit Unrecht gleich gestellt.

1702) Vgl. Pap. 2 Resp. (D. XXVII, 3, 20. pr.), wo Solidarobligation in Frage steht; im Allgemeinen vgl Keller, a. O. A. 933. Voigt, a. O. § 84. 87.

1703) In Voigt, a. O. § 83 ist diese Stelle auf die honorarische restitutoria wegen error bezogen worden; allein dies liegt denn doch nicht in der Stelle, und dann ist auch damit wenig gewonnen gegenüber den anderen obcitirten Stellen. — Eine noch weit auffälligere Abnormität enthält der Rechtssatz, daß die obigen Klagen, dafern wider mehrere Schuldner de eadem re zuständig, in Bezug auf Lit. Cont. und Urtheil dem Gesetze der Correalobligationen folgen; vgl. Savigny, Syst. § 235. Keller, Civ. Pr. A. 859.

1704) Vgl. Keller, a. O. A. 710.

1705) Dagegen der Verlust des Wahlrechtes für den Kläger bei alternativem Rechtsanspruche ist nicht Wirkung der Lit. Cont., sondern der ge-

§ 139.

Fortsetzung.

Die Umwandelung der Litiscontestation bezüglich der Stellung des Beklagten.

Was die in § 138 dargelegten Consequenzen betrifft, welche für den Beklagten aus der processualischen Consumtion und resp. Novation des Klaganspruches bei a. in personam in ius concepta mit legitimum iudicium sich ergeben, so behält von denselben die gegenwärtige Periode zwar unverändert bei die Rechtsordnungen bezüglich des Wegfalles des Wahlrechtes des Beklagten bei alternativer Obligation, bezüglich der Liberirung desselben von der Klage anderer correi credendi, wie bezüglich des passiven Ueberganges der Klage auf die Erben, und nicht minder die von der cond. triticaria ausgehende Rechtsordnung (§ 98) bezüglich des Ueberganges derjenigen Haftung für culpa auf den Beklagten, welche bis dahin dem Letzteren noch nicht oblag. Dagegen aber werden die anderen beiden Rechtsordnungen: der Unnstatthaftigkeit der Erfüllung des Klaganspruches zwischen Lit. Cont. und Urtheil, wie des Ueberganges des periculum rei debitae vom Kläger auf den Beklagten in der gegenwärtigen Periode ganz wesentlichen Modificationen unterworfen, welche selbst wiederum im Besonderen verschieden sich gestalten je bei a. arbitraria, bei bon. fid. a. und bei stricti iur. a. Und zwar zunächst

A. bei den actiones arbitrariae wird

1. vor Allem die Unstatthaftigkeit der Erfüllung des Klaganspruches zwischen Lit. Cont. und Urtheil durch den Prätor selbst beseitigt: durch die Restitutionsclausel und die darauf sich stützende richterliche pronuntiatio de restituendo. Und zwar tritt diese neue Rechtsordnung in der vorigen Periode mit der a. redhibitoria in das Dasein (§ 110) und wird beibehalten für alle späteren arbitriae actiones,[1706] seien diese in factum conceptae,

---

troffenen Wahl überhaupt: Pomp. 15 ad Qu. Muc. (D. XLV, 1, 112. pr.); vgl. Cels. 18 Dig. (D. XXXI, 1, 19),

1706 Vgl. Gai. IV, 114. Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 4); J. Just. IV, 6, 31. Keller, Civ. Pr. A. 792. Auf die arbitr. a. bei den interdicta restit.

wie die a. de dolo oder quod met. c., seien sie in ius conceptae und diesfalls in rem, wie die formula petit., oder in personam, wie die a. de eo quod certo loco (A. 1434). Und von hier aus ging sodann diese Rechtsordnung auch über auf die drei unächten arbitrariae: die a. vi bonorum ademtorum adversus publicanos, die a. damni iniuria furtive facti adversus publicanos und die a. recepti adversus nautas etc. (A. 876).

Von dieser neuen Ordnung aus entwickelte nun die Rechtswissenschaft der gegenwärtigen Periode eine Reihe von weiteren Sätzen und zwar

2. daß die zwischen Lit. Cont. und Urtheil eingetretene casuelle Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution den Beklagten resp. ganz oder partiell von seiner Verbindlichkeit liberire. Und zwar ist dieser Satz dem Zeitalter des ädilicischen Edictes noch fremd, indem dasselbe bezüglich der dem Kläger bei der a. redhibitoria obliegenden Restitution des Kaufobjectes die Bestimmung enthielt, daß die ohne Verschuldung des Klägers eintretende Vereitelung derselben dann, wenn solche vor der Lit. Cont. eintrat, den Kläger von seiner Restitutionspflicht liberire (A. 1354 fg.), nicht aber dann, wenn dieselbe erst nach der Lit. Cont. eintrat.[1707]) Wohl aber ward jener Satz von den Sabinianern, in Harmonie mit dem Axiom iudicia esse absolutoria (A. 1709), für die formula pet. aufgestellt (A. 975), obwohl unter Widerspruch der Proculianer (A. 1579), dann wieder bezüglich der her. pet. gewissen Beschränkungen unterworfen (§ 84 unter D I 2), dagegen andrerseits auch auf die arbitrariae in personam übertragen (A. 1585); dahinwieder ward

3. der Rechtssatz, daß der Besitzerwerb des Beklagten zwischen Lit. Cont. und pronuntiatio de restituendo den bezüglichen Mangel des klagbegründenden Thatbestandes vollwirksam ergänze und die Verurtheilung des Ersteren ermögliche, von den Proculianern und zwar ebenso bezüglich der form. pet. (§ 83 unter

---

und exhibit. und zwar auf diese allein beziehe ich die Aussprüche von Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 8. § 6), 29 ad Sab. (D. XLVII, 2, 14. § 11), wonach nun die editio interdicti diesfalls die Stelle der Lit. Cont. vertritt.

1707) Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 25. § 8. fr. 31 § 13).

A 2), wie bezüglich der a. in personam (A. 1585) vertreten.[1707a]) Nicht minder schließt sich an den Satz unter 2 an, daß

4. dann, wenn der Debitor bei verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte bloß wegen Dolus haftet, von der Lit. Cont. ab bis zum Judicate denselben auch die Haftung wegen Culpa trifft, was durch Ulp. 71 ad Ed. und 29 ad Sab. (A. 1706) bekundet wird. Und dazu treten endlich noch die beiden Sätze,

5. daß der Beklagte den nach der Lit. Cont. aus der res debita gemachten Gewinn und insbesondere die omnis causa dem Kläger zu restituiren habe: A. 959. 976. 1586. Ulp. 71 ad Ed. in A. 1706; dagegen

6. der Beklagte die auf die zu restituirende res principalis, wie omnis causa seit der Lit. Cont. aufgewendeten impensae necessariae zu deduciren befugt sei: A. 959 fg. 1587.

Alle jene Sätze aber werden sodann auch

B. auf die bon. fid. actiones übertragen. Und zwar

1. die Zulassung der Solution des alten Debitum zwischen Lit. Cont. und Urtheil mit liberatorischem Effecte:[1708])

Gai. IV, 114 vgl. Paul. 2 de Off. Ass. (D. III, 3, 73);

2. der Rechtssatz, daß die zwischen Lit. Cont. und Urtheil eingetretene casuelle Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution, insoweit als bis zur Lit. Cont. der Debitor dafür nicht zu haften hatte, denselben resp. ganz oder partiell von seiner Verbindlichkeit liberire, auch hier vertreten von den Sabinianern:

Sab. und Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XVI, 3, 14. § 1);
Ulp. 33 ad Ed. (D. XXIV, 3, 24. § 7);

wogegen die widerstreitende Lehre der Proculianer noch vertreten wird von Pomp. 22 ad Sab. (D. XVI, 3, 12. § 3);

3. der proculianische Satz, daß andrerseits die zwischen Lit. Cont. und Urtheil eintretende Verwirklichung der klagbegründenden thatbeständlichen Momente den bezüglichen Mangel der

---

1707a) Bezüglich der form. petit. bietet eine Parallele, jedoch dem Gesichtspunkte von A. 1698 unterfallend, die causa superveniens: Ulp. 75 ad Ed. (D. XLIV, 2, 11. § 4); s. Voigt, Cond. ob caus. 149 fg.

1708) Selbst in der Executionsinstanz ließ man bei bon. fid. a. noch die Solution des ursprünglichen Debitum zu und gab wider die a. indicati des dieselbe ablehnenden Klägers exc. doli: Scaev. 5 Resp. (D. XLIV, 4, 15).

Klage vollwirksam ergänze und die Verurtheilung des Beklagten ermögliche:

Nerat. bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 21); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 7, 9. § 5); Paul. 7 ad Sab. (D. XVII, 1, 17);

4. die Steigerung der Haftung desjenigen Debitor, der bei verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte bloß wegen Dolus haftet, auf Culpa:

Paul. 23 ad Ed. (D. X, 1, 4. § 2): post litem — contestatam (sc. fin. reg.) — et culpa et dolus exinde praestatur, wozu vgl. A. 1273;

5. die Verbindlichkeit des Beklagten zur Restitution des mittelst der res debita seit der Lit. Cont. gemachten Gewinnes, entsprechend dem Grundsatze in § 89: commodum eius esse debet, cuius periculum est:

Jul. 8 Dig. (D. X, 2, 51. pr.); Paul. 23 ad Ed. (D. X, 1, 4. § 2); vgl. Pap. 6. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 2. 3. § 1); Paul. 6 ad Plaut. (D. cit. 38. § 15);

6. die Berechtigung des Beklagten zur Gegenforderung der auf die zu prästirende res principalis, wie omnis causa seit der Lit. Cont. aufgewendeten impensae necessariae, entsprechend den bis zur Lit. Cont. maaßgebenden Ordnungen in § 88 unter II und bei A. 1095, so nach Jul. 8 Dig. (D. X, 2, 51. pr.).

Ueberdem tritt hierzu noch der Satz, daß

7. dafern das Debitum in baar Geld besteht, von der Lit. Cont. ab bis zum Judicate der Beklagte usurae legales zu entrichten hat:

Paul. 57 ad Ed. (D. XXII, 1, 35): lite contestata usurae currunt; vgl. Pap. 2 Quaest. (D. cit. 1. § 2).

Immerhin aber ward unabhängig von allen jenen Sätzen der Lehrbegriff der Novation für die Lit. Cont. bei bon. fid. und resp. arbitraria a. von der Rechtswissenschaft festgehalten, wie Gai. III, 180. 181. Paul. 24 Quaest. (A. 1710) ergeben, so daß somit solche Novation nunmehr als eine bedingte sich darstellt, eintretend lediglich für den Fall, daß die Solution des ursprünglichen Debitum zwischen Lit. Cont. und Urtheil Seitens des Beklagten nicht noch erfolgt. Allein selbst für den Fall des Nicht-

eintrittes solcher Bedingung ward überdem der Effect jener Novation ganz eigenthümlich abgeschwächt und modificirt dadurch, daß für die der Litis Aestimation zu Grunde zu legenden thatbeständlichen Verhältnisse nicht mehr, wie früher, der Zeitpunkt und der Ort der Lit. Cont. (§ 114 a. E.), als vielmehr, gemäß der Theorie des Servius (§ 119 a. E.), des Judicates als maaßgebend anerkannt wurden (§ 72 unter B 1 a. b.).

Ueberdem trat aber auch in der gegenwärtigen Periode die anderweite Veränderung ein, daß dem durch die Novation begründeten klägerischen Anspruche bei der Litis Aestimation als normaler Maaßstab das quanti interest an Stelle des quanto minoris res est untergelegt wird, eine Thatsache, auf welche in § 142 unter III im Besonderen zurückzukommen ist.

C. Endlich auf die stricti iur. actiones wurden zwar nicht die Rechtssätze unter B 2. 3. 6, wohl aber unter B 1. 4. 5. 7 und zwar von Vorn herein von den Sabinianern allein übertragen, und damit nun die theoretische Stellung der Lit. Cont. selbst auf das Eingreifendste umgestaltet.

Und zwar bildet auch hier den Ausgangs- und Mittelpunkt solcher Neuordnung einestheils die Zulassung der Solution mit liberatorischem Effecte zwischen Lit. Cont. und Urtheil, ein Satz, der, indem er zuerst unter Tiber von den Sabinianern ausgesprochen wurde, zu der sprüchwörtlichen Ausdrucksweise Veranlassung gab: Sabino et Cassio placere omnia iudicia esse absolutoria;[1709] sowie anderntheils die Aufrechterhaltung des alten Dogma von der durch Lit. Cont., wie Urtheil bewirkten Novation,[1710] eine theoretische Construction, die auch hier weit strenger und consequenter als bei der arbitraria und bon. fid. a.

1709) Gai. IV, 114. vgl. J. Just. IV, 12, 2; und dann im Einzelnen z. B. Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 5); Ulp. 51 ad Ed. (D. cit. 71. § 1); Paul. 2 de Off. ass. (D. III, 3, 73); oder wegen a. ex stipulatu: Jul. 55 Dig. (D. XLVI, 7, 4). Die entgegengesetzte proculianische Lehrmeinung findet sich noch bei Paul. 74 ad Ed. bezüglich der obligatio auf facere: § 98 unter 2 a. Dagegen auf die Solution in iure vor der Lit. Cont. bezieht sich Ulp. 51 ad Ed. (D. XLVI, 3, 30). Vgl. auch Keller, Lit. Cont. 185 fg.

1710) Gai. III, 180. 181. Pap. 12 Resp. (fr. Vat. 263); Paul. 24 Quaest. (D. XLVI, 2, 29); Venul. 3 Stip. (D. cit. 31. § 1); vgl. Ulp. 27 ad Ed. (D. cit. 11. § 1).

festgehalten wurde, insofern als einerseits der zwischen Lit. Cont. und Urtheil eingetretenen casuellen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution, wie überhaupt der in jener Zeit eingetretenen Beseitigung der die Haftung des Beklagten begründenden thatbeständlichen Momente der liberatorische Effect (unter B 2),[1711] und andrerseits wiederum der zwischen Lit. Cont. und Urtheil eingetretenen Verwirklichung der klagbegründenden thatbeständlichen Momente der sanirende Effect bezüglich der Klage (unter B 3) versagt wird.[1712] Im Uebrigen aber verliert in Folge jener Zulassung der Solution einerseits diese Novation ihre kategorische Natur und verwandelt sich in eine hypothetische: denn es fällt nunmehr dem Beklagten ein Wahlrecht zu, entweder zwischen Lit. Cont. und Urtheil die ursprüngliche res debita selbst, oder nach dem Urtheile deren quanti est zu leisten, ersteren Falles aber zugleich von der durch die Novation begründeten neuen Obligation ipso iure liberirt zu werden; dagegen behauptet andrerseits wiederum die Lit. Cont. den Effect, ebenso das periculum rei debitae, wie die Gefahr der verschuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution insoweit, als solche den Beklagten bis dahin nicht traf, von dem Kläger auf den Beklagten zu übertragen: es fällt jenes Wahlrecht des Beklagten hinweg, sobald nach der Lit. Cont. die Solution des ursprünglichen De-

---

1711) Pomp. 22 ad Sab. (D. XVI, 3, 12. § 3): quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret; u. a. m.: § 98 unter 2 b; und so nun auch Verlust des noxalen Besitzes: A. 1691. Die Ausnahme bei Jul. in Paul. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXVIII, 1, 37. § 6): si iam petitae sunt operae, liberis sublatis absolutionem faciendam beruht auf ganz singulärem Grunde: § 28 unter d cc. Dagegen wird allenthalben die Klage zerstört, wenn nach der Lit. Cont. das klägerische Interesse wegfällt, und so bei bon. fid. oder arbitr. a.: Lab. und Pomp. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 7. § 7), wie bei cond. tritic.: Jul. 22 Dig. (D. XIII, 1, 14); vgl. A. 1747 und Keller, Civ. Pr. A. 799. Eine Ausnahme ergiebt jedoch die Klage auf Conventionalstrafe: A. 1747 und von solcher ist auch zu verstehen Paul. 11 ad Sab. (D. II, 11, 12. § 1); vgl. A. 1755.

1712) Jav. 10 Ep. (D. V, 1, 35): non — iudicium — potest esse de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt; Paul. 7 ad Plaut. (D. V, 1, 23): non potest videri in iudicium venisse, quod post iudicium acceptum accidisset.

bitum durch Zufall oder auch durch irgend welche Verschuldung desselben ganz oder theilweis vereitelt worden ist, da diesfalls auch die Solution der deteriorirten res debita den Letzteren nicht liberirt.[1713])

Im Einzelnen aber ergeben nun jene Prämissen die Rechtsordnung, daß

1. dafern der Beklagte die ursprüngliche res debita zahlt, dieselbe nicht in deterioritem Zustande geleistet werden darf, indem solche Solution keinen liberatorischen Effect hat: A. 1713.

2. Dafern der Beklagte es auf Zahlung des quanti ea res est d. i. des pretium rei (§ 71) ankommen läßt, so wird dasselbe bemessen

a. im Falle der mora solvendi nach den thatbeständlichen Verhältnissen zum Zeitpunkte des Eintrittes der Mora und an dem durch Rechtsgeschäft gesetzten Solutionsorte, eventuell zum Zeitpunkte und Orte der Lit. Cont.;

b. anderenfalls aber

aa. dafern die Solution des ursprünglichen Debitum nicht etwa durch vertretbare Verschuldung des Beklagten vereitelt ist, nach den thatbeständlichen Verhältnissen zum Zeitpunkte der Lit. Cont. und an dem durch Rechtsgeschäft gesetzten Solutionsorte, eventuell am Orte der Lit. Cont.[1714]);

1713) Jul. 52 Dig. (D. XLVI, 3, 33. § 1): iudicio — accepto si hominem (sc. promissum) is, cum quo agetur, vulneratum a se offert, condemnari oportet. Dies ist der gleiche Effect, wie der mora solvendi: § 187.

1714) Zu a und b aa vgl. Sab. bei Jul. 4 ex Min. (D. XII, 1, 22): vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est; quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum quum datum esset an quum litem contestatus fuisset an quum res iudicaretur? Sab. respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset; si non, quanti tunc, quum petitum esset. Interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat? Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset; si dictum non esset, quanti, ubi esset petitum; Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 3, 4): si merx aliqua, quam certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam, quanti fuisset eo die, quo die dari debuit; si de die nihil convenit, quanti tunc, quum iudicium acciperetur. Idemque iuris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit; si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. Quod et de ceteris rebus iuris est; aus welchen beiden Stellen zugleich sich

bb. dafern die Solution des ursprünglichen Debitum durch vertretbare Verschuldung des Beklagten vereitelt worden ist, nach den thatbeständlichen Verhältnissen zum Zeitpunkte der Vereitelung der Solution und zweifelsohne am Solutionsorte[1715]).

3. In beiden Fällen, mag der Beklagte das ursprüngliche Debitum oder das quanti ea res est zahlen, hat derselbe

a. dafern res non fungibilis geschuldet war, die von der Lit. Cont. ab bis resp. zur Solution oder bis zu deren Vereitelung oder bei Möglichkeit derselben bis zum Judicate zur res principalis hinzutretende omnis causa oder sonstigen mittelst derselben gemachten Gewinn[1716]),

ergiebt, daß die älteren Sabinianer als einzigen Thatbestand der mora solvendi den Verzug bei vereinbartem Solutionstermine anerkannten; s. A. 1686. Dann zu a: Jul. 88 Dig. (D. XLV, 1, 59): quoties in diem vel sub condicione oleum quis stipulatur, eius aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti potest; Ulp. 20 ad Ed. (D. cit. 60): si Capuae certum olei pondus dari quis stipulatus sit, — eius temporis fit aestimatio, quum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum perveniri potuit, wo beidemal die Annahme allein einer Mora den sonst unlösbaren Widerspruch mit den Zeugnissen für b aa löst, ein Moment, der nach den Gesetzen aller Exegese jene Annahme der Mora gebietet, während Mommsen, Beitr. III, 83 fg. 212 fg. einfach die Mora bestreitet, ohne den dann sich ergebenden Widerspruch zu heben. Vgl. § 72 unter B 2 a, sowie A. 1671. Endlich zu b aa: Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37); Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2) bei A. 1222; vgl. § 72 unter 1 c.

1715) Cels. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3) und 5 Dig. (D. XLII, 1, 11); Ulp. cit.; vgl. A. 1716. § 98 unter 1b. § 72 unter B 2 b.

1716) Sab. und Cass. bei Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 7): ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos, ut causa restituatur; Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. § 1): in his quoque iudiciis, quae non sunt arbitraria, nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda est in eum diem, quo sententia dicitur; vgl. 6 Quaest. (D. cit. 2); Paul. 5 ex Plaut. (D. XLII, 1, 8): si homo ex stipulatu petitus post litem contestatam decesserit, — fructuum rationem habendam placet; 17 ad Plaut. (D. XII, 1, 31. pr.): quum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset (vgl. A. 959); Sev. und Car. im C. Just. VI, 47, 1; Car. das. c. 2: et usuras et fructus (sc. legati) post litem contestatam percipietis; Gord. das. c. 4. Und dann wieder was den dies ad quem betrifft: Pap. 20 Quaest. cit., sowie Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3): si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat (sc. in cond. trit.), verius est quod Serv. ait, condemnationis tempus spectandum, si

obwohl unter Abzug der darauf verwendeten impensae necessariae (A. 1661), dem Kläger zu restituiren;

b. dafern res fungibilis geschuldet war und das edictum De eo quod certo loco nicht Platz griff, von der Lit. Cont. ab bis resp. zur Solution oder zum Judicate usurae legales dem Kläger zu zahlen[1717];

c. dafern certa pecunia insbesondere geschuldet war, die poena sponsionis dem Kläger zu zahlen.

In jener gesammten Rechtsordnung aber verwirklichen die Sabinianer einen zwiefachen legislatorischen Gesichtspunkt: dieselben übertragen auf die Lit. Cont. der stricti iur. a. ebensowohl die Zulassung der bei der bon. fid. a. approbirten Solution des ursprünglichen Debitum zwischen Lit. Cont. und Urtheil, als auch die sämmtlichen Folgewirkungen der mora solvendi bei den bon. fid. negotia (§ 86 unter I A), insoweit solche überhaupt an und für sich zu solcher Uebertragung sich eignen, mit der doppelten Ausnahme, daß theils die Haftung des Debitor für Schadenersatz bei der cond. trit. wegfällt, theils für den Zeitpunkt und Ort der Litis Aestimation da die Lit. Cont. beibehalten bleibt, wo bei der bon. fid. a. das Judicat maaßgebend ist. Und indem wiederum diese letzteren Folgewirkungen in weit beschränkterer Maaße von den Proculianern an die mora solvendi bei den stricti iur. negotia angeknüpft wurden (§ 137), so messen sonach bei diesen Rechtsverhältnissen die Sabinianer viel weitergehendere Effecte der Lit. Cont., als die Proculianer der mora solvendi bei.

---

vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, eine Beziehung der letzteren Stelle, die, bereits von Gans, Oblig. R. 62 fg. statuirt, alle Schwierigkeit gegenüber A. 1714 hebt und gegen die der Einwand von Liebe, Stipulat. 54 nicht verfängt, weil man recht wohl zur Stütze der sabinianischen Theorie auf die servianische Theorie in § 119 sich berufen konnte.

1717) Sev. und Car. im C. Just. VI, 47, 1: legatorum seu fideicommissorum usurae ex eo tempore, quo lis contestata est, exigi posse manifestum est; Car. das. c. 2 (s. A. 1716); Diocl. das. IV, 32, 23: oleo quidem vel quibuscunque fructibus mutuo datis incerti pretii ratio additamenta usurarum eiusdem materiae suasit admitti.

§ 140.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

Die aequitas war in die gegenwärtige Periode eingetreten theils in ihrer vulgären Beziehung als das Gesetz der Billigkeit im Allgemeinen, theils, in ihrer Stellung eines von der Rechtstheorie anerkannten eigenthümlichen Elementes im Rechte, als Trägerin und Vertreterin zweier verschiedener Rechtsprincipien, die inmitten der Gesammtfülle der von der Volksanschauung getragenen Ideen von Billigkeit in dem Gange der geschichtlichen Rechtsentwickelung deutlichst sich abgegränzt und so nun jene Anerkennung als selbsteigener Motive der Rechtsbildung gefunden hatten: der damni ratio, welcher bereits in dem ältesten Rechte solche Stellung überwiesen war, und der voluntatis ratio, welcher die Theorie der ausgehenden ersten Periode die entsprechende Stellung zuerkannt hatte (§ 122). Die Theorie der gegenwärtigen Periode ordnet nun den Letzteren auch noch die arbitrii und die sanguinis ratio bei (Thl. I § 66), so daß nun die theoretisch juristische aequitas zur Vertreterin aller jener Principien sich erhebt, deren historische Ausprägung darzustellen, die Aufgabe des gegenwärtigen Theiles ist.

Gleichzeitig mit jener Verallgemeinerung dieser prärogativ juristischen aequitas vollzieht sich sodann die Verbindung des aequum et bonum selbst mit dem ius naturale (Thl. I § 61. 69), in Folge deren ebenso die erstere ein philosophisches Fundament und eine tiefere doctrinelle Begründung gewinnt (Thl. I § 78), wie auch wiederum das ius naturale für seine Satzungen eine neue Bestimmung in Sphäre, wie Richtung empfängt, insbesondere aber auch die Vertretung der damni, voluntatis, wie sanguinis ratio übernimmt (Thl. I § 61. 64).

Jener gesammte Proceß aber ist, wie in Thl. I § 95 dargelegt, nicht allein von der höchsten dogmengeschichtlichen Bedeutung für die rechtsphilosophische Speculation der gegenwärtigen Periode, sondern auch von größter Wichtigkeit für die rechtshistorische Entwickelung dieser Zeiten: denn indem darin eine bewundernswerthe Abklärung einer vollkommen deutlichen und bestimmten Erkenntniß des Ganges und der Richtung sich vollzieht, welche die gesammte

Rechtsentwickelung verfolgte, und des Zuges der leitenden Ideen, welche von der Volksanschauung jener Zeiten getragen und vertreten wurden, so wirkt nun diese Thatsache wiederum in entscheidendster Maaße auf den Gang der Rechtsentwickelung selbst zurück. Und so daher verfolgt die Rechtsbildung dieser Zeiten nicht allein unwandelbar eine durchaus bestimmte Richtung, sondern es gränzen sich auch inmitten jener großen und weitgreifenden Bewegung die besonderen vierfachen Strömungen auf das Deutlichste ab, welche jenen Seitens der Rechtswissenschaft proclamirten vier Principien im Einzelnen entsprechen (Thl. I § 66). Und diese letztere Thatsache nun ist es, welche für die Geschichte der damni ratio eine ganz besondere und eigenthümliche Bedeutung dadurch gewinnt, daß hier der Versuch unternommen wird, gewisse diesem Princip angehörige Rechtsfiguren zu Centralorganen der aequitas in jener ihrer Totalität umzugestalten: die bon. fid. a. (§ 129), wie beziehentlich die a. ex stipulatu, und die exc. doli mali oder resp. die dieselbe vertretende defensio ipso iure (§ 132), ein Versuch, der jedoch in den ersteren Beziehungen nur in beschränkterer und lediglich in den letzteren Beziehungen in vollkommener Maaße zur Durchführung gelangte.

Hand in Hand hiermit geht zugleich ein vollständiger Wechsel in der Auffassung von der Stellung der aequitas in und gegenüber dem Rechte. Denn während die früheren Zeiten die Befugniß des Richters zur Anwendung der Ersteren an eine durch die Klagformel besonders ertheilte Ermächtigung anknüpften, wie solche in dem arbitrium legitimum und honorarium und in der a. ex stipulatu, wie resp. in dem iudicium der leg. a. per iud. postul. und der a. arbitraria und auch in der a. in bonum et aequum conc., und dann wieder bei anderen Klagen durch die concrete Conception von deren Formeln gegeben war, so bedarf es nach der Auffassung der gegenwärtigen Zeiten für den Richter nicht mehr solcher besonderen Ermächtigung, um die aequitas bei seinem Urtheile in Anwendung zu bringen (§ 136). Vielmehr bestimmt sich fortan das officium iudicis dahin, daß derselbe bei seiner Entscheidung nicht allein zwei verschiedene Normative des Rechtes: den rigor und die aequitas anzuwenden habe, sondern daß sogar im Falle eines Widerspruches zwischen Beiden im Allgemeinen die letztere die vorgehende und maaßgebende: die derogatorische und corrective

Potenz ist, insoweit nicht das betreffende Rechtsverhältniß principiell mit Ausschluß der aequitas auf den rigor fundirt ist.

Sodann nun das Princip der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung insbesondere tritt in der gegenwärtigen Periode vielfach in der Form des logisch allgemeinen Urtheiles, durchgehends aber mit vollster Präcision und Bestimmtheit in zahlreichen wissenschaftlichen Sentenzen zu Tage, welche, in § 67 zusammengestellt, auf die doppelte Urtheilsform zurückgehen: nemo cum alterius damno locupletior fieri und nemo damnum sentire per alterius lucrum debet, so bei Proc. in Paul. 30 ad Ed., Jul. 2 Dig., Gai. 4 ad Ed. prov., Pomp. 9 ex var. lect. und 14. 21 ad Sab., Ulp. 5 de omn. trib., 7. 25. 31 ad Ed., wie 34 ad Sab., Paul. 20. 30 ad Ed., Tryph. 8 Disp. und Herm. 2 Jur. Ep. Und nicht minder gelangt solches Princip ebenso in der kaiserlichen Legislation[1718]), wie in dem honorarischen Edicte zu[1719]) wohlbewußter Anerkennung, wie Verwendung. Beides aber: jene abstracte Formulirung des Principsatzes selbst, wie dessen wohlbewußte Anwendung im Rechte erklärt sich aus der in § 122 dargelegten voraufgehenden Behandelung dieses Lehrsatzes Seitens der Philosophie. Allein während im Munde der Letzteren jener Lehrsatz wegen allzu großer Allgemeinheit seines Denkgehaltes als unbrauchbar für das Leben und dessen geschäftlichen Verkehr sich erwies, so ward demselben in der Hand der Jurisprudenz solche Verwendbarkeit gewonnen theils dadurch, daß ihm

---

1718) So in der Orat. Hadriani de S. Cto Juvent. in Dig. V, 3, 22: dispicite, patres conscripti, num quid sit aequius possessorem non facere lucrum etc.; dann in dem Rescr. Antonini Pii de pretiis rerum heredit. in Dig. IV, 2, 18: ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia, licet res — apud eum non sint, tamen pretium earum, quo locupletem eum — faciendo — obligat; sowie in dem Rescript über die Klage wider den Pupillen in quantum locupletior factus est in A. 1645; endlich in dem Rescr. Antonini Phil. im C. Just. III, 31, 1. § 1: usuras — bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores exstiterint; sowie in dem Rescripte in A. 1171; u. a. m. vgl. Sell, Versuche I, 10. 11.

1719) Hier z. B. durch Einfügung der Clausel „neque quo fraus cui eorum fiat" in das augusteische Edict Pacta conventa, der Clausel „de — fraude — damnatus erit" in das augusteische Edict Infamia notatur und der Clausel „quae — fraudisve causa facta esse dicantur" in das augusteische Edict Quae dolo malo: bei A. 1413.

von dieser die beiden beschränkenden Momente eingefügt wurden, es müsse die Bereicherung einerseits oder die Schädigung andrerseits ebensowohl eine an sich ungerechtfertigte sein, als auch wider den Willen des Benachtheiligten selbst sich vollziehen, um dem obigen Verbote zu unterfallen (§ 68); theils dadurch, daß jenes Princip nicht als Rechtssatz, sondern strict als legislativer Grundsatz adoptirt, sonach aber demselben nicht an sich selbst schon und unmittelbar Geltung im Rechte beigemessen ward, als vielmehr nur mittelbar und auf dem Wege, daß es als Directiv für neu zu schaffende Rechtssätze verwendet wurde, in denen nun sein Postulat in concreterer Beziehung ausgeprägt und verwirklicht ward.

Immerhin aber gelangt auch bei solcher Beschränkung jenes Principes Seitens der Jurisprudenz der von der Philosophie getragene Standpunkt eines ethischen Idealismus (§ 122) noch zu voller Geltung im Rechte. Denn gegenüber dem treibenden Motive des gesammten Güterverkehres, daß der Einzelne die jeweilig gegebene Gütervertheilung in seinem egoistischen Interesse zu verändern strebt, prüft jenes Princip die Ordnungsmäßigkeit oder Ordnungswidrigkeit nicht bloß des in Verfolgung jener Tendenz vom Einzelnen eingeschlagenen Weges, als vielmehr des auf dem eingeschlagenen Wege erreichten Ergebnisses an sich der Güterbesitz-Veränderung; und indem nun jenes Princip in klarer und deutlicher Erkenntniß der ihm zufallenden Aufgabe den hierbei begangenen Ausschreitungen entgegentritt und der rücksichtslosen Ausbeutung des Einen durch den Egoismus des Anderen wohlerwogene Schranken setzt, so tritt damit das Recht in der That auf den Standpunkt eines Idealismus und Humanismus: der Anforderung eines ethischen Maaßhaltens im Erwerben von Gütern auf Unkosten des Anderen. Es gewinnt mit Einem Worte in jenem Principe die δικαιοσύνη der Stoiker (Thl. I § 27. fg. 37) ihre theoretische Vertretung in dem Rechte. Und wie nun für diese gesammte Richtung der Auffassung und Reflexion die Philosophie den maaßgebenden Vorgang darbot; wie es namentlich die Untersuchungen der Stoa in der Pflichtenlehre sind, welche anregend und läuternd auf die Jurisprudenz zurückwirkten und die letztere auf die allgemeinsten Principfragen hinleiteten (Thl. I § 49 fg.); so treten nun auch in der Rechtslitteratur der gegenwärtigen Periode vielfach speculative Reflexionen zu Tage, welche, den Entscheidungen von

Rechtsfragen zu Grunde gelegt, verwandt mit jenem nemo cum damno alterius locupletior fieri debet und von übereinstimmender Tendenz und principieller Tragweite sind, so in den Sätzen ne factum cuiusquam alteri damnum afferat[1720]; ferner licitum est, quod mihi prodest, alteri vero nihil nociturum est und non licitum est animo nocendi facere, quod mihi non prodest[1721]; ingleichen quum de lucro duorum quaeratur, melior est causa possidentis und melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro[1722]), oder endlich in den Erwägungen bei Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 63. § 5): licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse.

Endlich unterhalb des Principsatzes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet treten von Alters her noch speciellere Sentenzen gnomischen Characters zu Tage, welche, das Princip in seinen manichfachen Anwendungen auf die besonderen bezüglichen Thatbestände verlautbarend, gleich als Sprichwörter und Gemeinplätze im Munde des Volkes entstanden und sich überlieferten, in dem vorigen Zeitraume von der Rechtswissenschaft in regulae iuris und constitutiones umgesetzt worden waren (§ 101, 111, 122) und in der gegenwärtigen Periode nun in einem eigenen Zweige der juristischen Litteratur: den libri regularum zusammengefaßt, interpretirt und verarbeitet wurden (A. 1365). Und so hat denn die Rechtswissenschaft diesen Zeiten nicht allein die überlieferten

1720) Jul. 39 Dig. (D. XXXVI, 1, 25. § 2): A. 1653; Pap. 27 Quaest. (D. XLII, 6, 3. pr.).

1721) Ulp. 53 ad Ed. (D. XXXIX, 3, 1. § 11) und Marcell. das. (D. cit. § 12); Paul. 49 ad Ed. (D. cit. 2. § 5); wonach nun die Solution der res aliena legata geregelt ist: Gai. 1 Fideic. (D. XXXII, 1, 14. § 2), Ulp. 51 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 3), wie die Restitution der Impensen bei der rei vindicatio: Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38) vgl. A. 961.

1722) S. 146. Und danach nun wird die Tolerabilität des error iuris geregelt: Pap. 19 Quaest. (D. XXII, 6, 7): iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet, und das Weitere bei Voigt im Arch. f. civ. Pr. LIV, 34 fg.; sowie die Zulässigkeit der rest. in int.: Paul. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 18), sent. rec. I, 9, 4 a; und dann wieder die Bemessung des Legates im Falle bei Ulp. 25 ad Ed. (D. XI, 7, 14. § 1).

Rechtsgnomen bewahrt und theilweis auch in ganz neuen Beziehungen verwendet, so das commodum eius esse debet, cuius periculum est[1723]), das si utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestatur[1724]), das quoties culpa intervenit debitoris, perpetuatur obligatio[1725]) und a. m. (§ 101. 111), sondern auch den überlieferten Bestand durch Schaffung von neuen Gnomen noch vermehrt, so außer den in § 127, 134 Citirten z. B. des

bona fides non patitur, ut bis idem exigatur mit seiner so vielseitigen Verwendung: A. 1101. 1614 a. 1662. fg. 1668. 1698. fg. und dann auch bei Jul. 15 Dig. in Ulp. 46 ad Sab. (D. XXI, 2, 32. § 1), Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 9) und dergl.;

qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere: Jul. 17 Dig. (D. L, 17, 63);

nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est: Scaev. 5 Quaest. (D. L, 17, 88);

nemo videtur dolo exsequi, qui ignorat causam, cur non debeat petere: Paul. 14 ad Plaut. (D. L, 17, 177. § 1);

iniquum esse usuras ab eo exigi, qui fructus non percepisset: Paul. 1 Decr. (D. XXII, 1, 16. § 1);

sicut aequum est bonae fidei emtori alterius dolum non nocere, ita non est aequum eidem personae venditoris sui dolum prodesse: Paul. 14 ad Plaut. (D. XIX, 1, 37);

bonae fidei convenit ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus (sc. communis) acquisierit: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. XLI, 1, 45).

1723) So bei Sen. Exc. Contr. III, 6, 3. Pap. Defin. Paul. 3 ad Sab. J. Just. III, 23, 3 in § 89. Und so nun in anderer Verwendung bezüglich der Societät bei Ulp. 30 ad Sab. (D. XVII, 2, 55): aequum est, ut cuius participavit lucrum, participet et damnum; und ähnlich bezüglich der communio hereditatis bei Gai. 7 ad Ed. prov. (D. X, 2, 19); bezüglich der dos bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 7. pr.): quum — onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere; bezüglich der Berechnung der Nachlaßsubstanz rücksichtlich der quarta Falcidia: Maecian. 8 Fideic. (D. XXXV, 2, 30. pr.).

1724) So bei Afr. 5 Quaest. Ulp. 28 ad Ed. Modest. 2 Diff. u. a. m. s. § 86 unter III A 2.

1725) Wegen des Commentares dieser Parömie s. A. 1371.

Und gleichwerthig mit diesen Gnomen sind wiederum gewisse, von der Rechtswissenschaft getragene Sätze, welche als leitende Gesichtspunkte für neue Rechtsordnungen verwendet, nähere Bestimmungen des Principes bei dessen Anwendung in dem Leben ergeben, so der proculianische Lehrsatz, welcher dem Umstande, ob von dem Debitor die Initiative zum Abschlusse des Rechtsgeschäftes ausging, den Effect beimißt, das Maaß der Verhaftung desselben zu steigern: bald vom Dolus auf Culpa (A. 1027), bald von Culpa auf casus (A. 1757), oder wenn nach der sabinianischen Lehrmeinung der Umstand, ob der casus das zu prästirende Rechtsobject bei jedem Besitzer und somit auch bei dem Berechtigten betroffen haben würde oder nicht, den Verpflichteten dort von der Haftung für casus liberirt, hier solcher Haftung unterwirft (§ 143 unter II A 1 b).

Dahingegen bezüglich des Principes der arbiträren richterlichen Cognition fehlt nicht allein jene concentrische und abstracte, jene einheitliche und umfassende Formulirung des Principsatzes selbst, sondern es mangeln auch diese niederen, dessen Gehalt in concreterer Beziehung darlegenden Sentenzen, eine Thatsache, die aus der Natur von Jenem als einem formalen Principe ohne Weiteres sich erklärt (Thl. I § 66).

§ 141.

Fortsetzung.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

Bezüglich der damni ratio werden der gegenwärtigen Periode zwei verschiedene Systeme überliefert, welche, historisch von ganz verschiedenen Perioden und Zeitanschauungen ausgehend, vollkommen selbstständig und unabhängig neben einander stehen und welche, auf völlig verschiedenen dogmatischen Gesichtspunkten beruhend, höchstens zufällig den gleichen Thatbestand umfassen: einerseits das System des rigor mit seiner Repression der schadenfähigen Handlung durch die poena temeritatis, in Geltung sich behauptend theils in der poena sacramenti und sponsionis, theils bei gewissen stricti iur. actiones: bei leg. a. sacram. und in rem agere per sponsionem mit ihrer pönalen Steigerung der Restitu-

tion (A. 872 fg.), bei a. auctoritatis (A. 860), Klage aus lex mancipii und Damnationslegat auf certum (A. 869 fg.), iudicium iudicati und depensi contrarium (A. 865), sowie, wenn auch modificirt, bei cond. tritic. im Allgemeinen (§ 139 unter C), theils aber auch bei gewissen, auf dem Boden der aequitas stehenden Klagen: bei a. fiduciae cum amico, redhibitoria und depositi in turba etc. dati (A. 860 fg.), bei der form. petit. (§ 84 unter E), wie bei a. quod met. caus.; und auf der anderen Seite sodann die aequitas mit ihrem so reich gegliederten Systeme in Repression der ungerechtfertigten verschuldeten Vermögensschädigung, der ungerechtfertigten Bereicherung, wie der einen solchen Effect ergebenden Verfolgung eines Rechtsanspruches. Wenn daher solcher grundsätzliche und somit unausgleichbare Gegensatz von der Theorie der gegenwärtigen Periode nicht überwunden werden konnte und somit ein einheitlicher und harmonischer Abschluß in den betreffenden Partieen des Rechtssystemes fehlt, ja gar nicht anders zu erreichen war, als durch Abstoßung des einen jener beiden Systeme, so lag nun wiederum die völlige Beseitigung vom Systeme des rigor gar nicht in dem Sinne der gegenwärtigen Zeiten: denn das, was an positiven Satzungen der rigor in den obigen poenae temeritatis bot, ward nicht als unangemessen von den Anschauungen dieser Zeiten empfunden, während der leere Raum, welchen das System des rigor beließ, theils durch die Rechtsbildungen der vorigen Periode bereits ausgefüllt war, theils durch die Schöpfungen dieses Zeitraumes noch gedeckt wurde, so namentlich durch die neuen actiones restitutoriae und utiles ex contractu vel quasi oder ex delicto auf id quod pervenit oder quanto locupletior factus est, wie durch die neuen Verwendungen der exc doli mali.

Immerhin aber tritt in anderer Richtung die Tendenz einer Ausgleichung der überlieferten Rechtsverschiedenheiten zwischen den stricti iur. und den bon. fid. actiones zu Tage (§ 136 fg.). Allein einestheils werden hiervon nur isolirte Rechtsinstitute berührt, bezüglich deren besondere historische Motive für jene Tendenz obwalten: die condictiones ob caus. und die Klagen aus Fideicommiß, wie aus legatum sinendi modo und per damnationem, und wenn anderntheils wiederum in anderen Beziehungen solche Tendenz weiter greift, so sind dies wieder Punkte, in denen, wie obbemerkt, das System des rigor Lücken bot und somit es

galt, dieselben den veränderten Bedürfnissen der Zeiten entsprechend zu ergänzen: in Bezug auf die dolose Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte und die dolose Verweigerung der stipulatio simplae vel duplae bei Stipulation über entgeltliches Veräußerungsgeschäft, wie resp. in Bezug auf die mora accipiendi. Und endlich sind es wieder ganz eigenthümliche Verhältnisse, welche die Uebertragung gewisser Effecte der mora solvendi beim bon. fid. negotium auf die der cond. tritic. unterfallenden Rechtsverhältnisse bestimmen. Denn während die älteste Zeit bei dieser Klage an die iniusta lit. cont. als poena temeritatis die Wirkung knüpfte, daß dadurch ein definitiver Umsatz des Debitum in dessen quanti ea res erit und damit der Uebergang der Gefahr der casuellen, wie der durch des Beklagten culpa in non faciendo herbeigeführten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte von dem Gläubiger auf den Beklagten erfolgte (§ 98), so verlor nun solcher Effect seine pönale Bedeutung dadurch, daß die gleichen Folgewirkungen bereits von der vorigen Periode an die mora solvendi beim bon. fid. negotium angeknüpft worden waren, ohne daß hier mit denselben die Volksanschauung die Auffassung einer poena für den Debitor verbunden hätte, indem vielmehr hier solche Verbindlichkeit durchaus nur als ein reipersecutorisches Element der durch die Verschuldung von Jenem begründeten Entschädigungspflicht, somit aber solche Ordnung selbst als einfache Consequenz der öconomisch ausgleichenden Tendenz der aequitas aufgefaßt wurde (§ 112). Damit aber verloren auch jene Effecte der Lit. Cont. bei cond. trit. ihren pönalen Character und gewannen den Anschein des Reipersecutorischen, somit des Gleichartigen und systematisch Homogenen mit den übereinstimmenden Wirkungen der mora solvendi bei den bon. fid. negotia. Und von diesem Standpunkte der Anschauung aus war es nun im Principe ein kleiner Schritt, gewisse dieser Folgewirkungen bereits an die mora solvendi bei jenen ersteren Rechtsverhältnissen anzuknüpfen.

Historisch weit bedeutungsvoller und folgenreicher ist dagegen der Umschwung, der darin in der Rechtsanschauung sich vollzog, daß nunmehr dieselbe im Allgemeinen auf den Standpunkt der aequitas übertritt, und somit auch die dem rigor eigenthümlichen Urtheilsverhältnisse mehr und mehr an systematischer Bedeutung

verlieren. Denn gleichwie jetzt die Römer den elementaren Grundstoff ihres gesammten juristischen Denkens aus dem ius gentium und dessen Ideenkreise entnahmen, im Allgemeinen aber die ererbte nationale Befangenheit der Anschauung in Sachen des Rechtes mehr und mehr abstreiften (Thl. II § 86 fg.), so sind es nun auch die in der aequitas gebotenen Kategorieen und Gesichtspunkte, welche den bestimmenden Einfluß auf das Recht im Allgemeinen erringen; und wie z. B. der Gegensatz von Zufall und Verschuldung und die Differenziirung von Dolus und Culpa für das Privatrecht im Allgemeinen zu maaßgebenden Kategorieen sich erheben (§ 135); wie sodann der Begriff der Mora eine Geltung für das gesammte Obligationenrecht gewinnt,[1726]) so nun gelangt auch die Tendenz zur Geltung, den Schwerpunkt der juristischen Beurtheilung der thatbeständlichen, wie juristischen Momente eines Verhältnisses statt in die Lit. Cont. auf den Zeitpunkt des Urtheiles zu verlegen,[1727]) und so werden nicht minder die in dem ältesten Rechte bestimmenden proceßrechtlichen Kategorieen durch die entsprechenden civilrechtlichen verdrängt und ersetzt, so indem der Theorie der processualischen Consumtion von Lit. Cont. und Urtheil: gestützt auf die Identität der actio und auf das ne actum agatur von dem civilrechtlichen Gesichtspunkte aus des ne bis idem exigatur ebenso die Theorieen von dem ausschließenden Effecte der Lit. Cont. und von der Rechtskraft: beidemal gestützt auf die Identität der quaestio und des ne bis de eadem re agatur, wie die Theorie vou der Klagenconcurrenz substituirt werden (§ 138).

Innerhalb der Sphäre der aequitas aber erfolgt nunmehr die Vollendung und der Abschluß des von der vorhergehenden Periode begonnenen Werkes: es wird ebensowohl jene Rechtsmasse, welche von der Jurisprudenz der Republik zwar in ihren Grundordnungen, allein auch nur in allgemeinen Umrissen fixirt war (§ 123), von der gegenwärtigen Periode in fleißiger Durch-

---

1726) Bei stricti iur. a.: § 137; bei a. ex delicto: A. 1682; bei precarium: Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 8. § 6) u. a. m.

1727) Vgl. Savigny, Syst. § 263, sowie oben § 72. Vollkommen durchgeführt ist jedoch diese Tendenz nicht: § 72. 81. 138, und dann im Einzelnen z. B. Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIV, 1, 7. § 3), Paul. sent. rec. I, 9, 4[a] und dergl.

arbeitung ihrer formellen, wie materiellen Vollendung entgegengeführt, wie auch die allgemeinen leitenden Grundgedanken der aequitas in der ganzen fruchtbaren Fülle ihres Stoffreichthumes im Einzelnen legislativ, wie doctrinell verwerthet werden: dort, indem im Hinblick auf die Gestaltungen, wie Anforderungen des Lebensverkehres die zu normirenden Thatbestände immer schärfer determinirt und neue Unterscheidungsmerkmale zur Bedeutung des Wesentlichen erhoben, die daran geknüpften Rechtssätze selbst aber im Detail durchgearbeitet und präciser formulirt werden, hier, indem die Wissenschaft durch directe Verknüpfung des stofflich Zusammenbehörigen, wie durch scharfsinnige Bestimmungen der allgemeinen leitenden Begriffe die Einsicht, wie Uebersicht in den Stoff selbst fördert. Allenthalben wird die verallgemeinernde Haltung der überlieferten Ordnungen durch Darlegung neuer und wesentlicher Unterschiede beseitigt, der überlieferte Stoff durch sorgliche Detailarbeit feiner bestimmt und vielfach geläutert, die leitenden Grundgedanken selbst aber nach ganz neuen Richtungen hin geführt und zur Geltung gebracht, und so denn nun ein Werk geschaffen, in welchem die kosmopolitische und welthistorische Bedeutung des römischen Rechtes gipfelt: denn es sind die wichtigsten und zugleich die allerschwierigsten Lehren des Rechtes, welche dort in mustergültiger Klarheit und Präcision, wie mit bewunderswerther Feinheit verarbeitet, und ebenso von umfassendsten und freiesten, speculativ geläuterten Gesichtspunkten,[1728]) wie mit Sinn und Verständniß für die Anforderungen des Verkehres von den römischen Juristen behandelt worden sind.

Im Besonderen aber tritt vor Allem das reiche Detail von Rechtssätzen hervor, das innerhalb der Sphäre jenes Principes von der gegenwärtigen Periode geliefert wird, jene sorgsame Durcharbeitung somit ebenso der rechtsverletzenden Thatbestände an sich, die, sei es als ungerechtfertigte Vermögensschädigung, sei es als ungerechtfertigte Bereicherung, von der aequitas einer Repression unterstellt sind, als auch der daraus sich ergebenden Befugnisse und Verbindlichkeiten, namentlich innerhalb der Sphäre der bon. fid. a., wie der form. pet. Und überblickt man die überaus reiche Verwendung, welche beiden Klagformeln zu

1728) So z. B. Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31); vgl. Thl. I § 95.

Theil ward (§ 85 fg.), so ist in der That jene weise Oekonomie zu bewundern, welche einerseits in der überlieferten Formel die proceßrechtliche Einheitlichkeit des Rechtsmittels festhielt, und anderntheils doch solchem Rechtsmittel eine so überaus reiche Verwendung zu Theil werden ließ, und es ist jenes wohldurchdachte System zu würdigen, welches je auf eine einzige processualische Figur und auf eine einzige, in kurzer Wortconception zusammengefaßte Formel die vielfältigen Constellationen und die verschiedensten Verhältnisse des geschäftlichen Verkehres zurückführte, ohne dabei diesen Verkehr in der Freiheit seiner Bewegungen zu beengen, noch auch dessen Anspruch auf Schutz unerfüllt zu lassen.

Nicht minder werden aber auch für die allgemeinen Begriffe und Urtheilsverhältnisse selbst, welche die höheren Voraussetzungen oder die reflexiven Mittelpunkte jener Rechtssätze bilden, in vielseitiger Betrachtung durchaus klare und deutliche, den realen Verhältnissen entsprechende und deßhalb objectiv wahre und für alle Zeiten endgültige Bestimmungen gewonnen: ebenso wird der Begriff an sich adäquat der damit verbundenen Vorstellung bestimmt, wie auch mit anderen Begriffen zu Urtheilen verknüpft, welche nicht minder den empirischen Verhältnissen, wie den Aufgaben des Rechtes entsprechen. Und zwar sind es vornämlich zwei verschiedene Gruppen von Begriffsverhältnissen, bezüglich deren der römischen Jurisprudenz solches hervorragende Verdienst zufällt: einerseits die Begriffe der öconomischen Beziehungen, welche bei der Repression der ungerechtfertigten Schädigung, wie Bereicherung maaßgebend sind, und andrerseits die Zurechnung mit ihren Unterarten, wie Gegensätzen, welche für die Repression der verschuldeten ungerechtfertigten Schädigung in Betracht kommt.[1729])

Und zwar zuvörderst in der Lehre von der Zurechnung sind von Alters her die Gegensätze überliefert von fortuna oder Zufall,

---

1729) Die Mehrzahl aller jener Begriffe ist in ihrer logischen, lexicalischen, wie rechtshistorischen Beziehung im Einzelnen behandelt von Voigt, über den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den öcon. Erfolg einer That bezeichnender technischer lateinischer Ausdrücke, in Abh. d. k. s. Ges. d. Wiss. XVI.

wofür im Civilrecht frühzeitig die Umschreibung eintritt von alicuius periculo esse, und von culpa oder Verschuldung (A. 1379), an deren Stelle und resp. neben welche letztere jetzt nun die Bezeichnungen eintreten von casus und noxia. Und von diesen Lehrbegriffen gewinnt nun zunächst der Zufall eine hohe juristische Bedeutung namentlich bei der bon. fid. a., wie bei der form. petit. und der arbitraria a. im Allgemeinen, und giebt so nun Veranlassung ebenso zur Klärung allgemeinerer Gesetze, als zu eingehenderen Detailuntersuchungen, wie aber auch zu mannichfachen Controversen.[1730]

Dann wiederum bezüglich der Verschuldung bei den arbitria insbesondere erhielt die gegenwärtige Periode einen zwiefachen Maaßstab überliefert: bei den legitima wird von ältester Zeit her dieselbe bemessen nach dem Maaßstabe des Individuellen, wie solcher aus dem Naturell des betreffenden Subjectes selbst sich ergiebt: nach dem Grade der Achtsamkeit oder Sorglichkeit, der diligentia oder cura, welche dem Betreffenden in wirthschaftlichen Dingen und in Vermögens-Angelegenheiten insbesondere zur zweiten Natur geworden ist (A. 1273. § 112), wogegen bei den originären honoraria arbitria, ebenso wie bei der form. petit. die Verschuldung nach dem generellen Maaßstabe bemessen wird, wie solcher in dem pflichtmäßigen Verhalten des normalen: des diligens paterfamilias gegeben ist.[1731] Gegenüber solcher Zwiefältigkeit dieses Maaßstabes trat nun in der gegenwärtigen Periode die doppelte Tendenz hervor, einerseits den individuellen Maaßstab völlig abzustoßen und auch auf die in bon. fid. actiones umgewandelten alten legitima arbitria den generellen Maaßstab zu übertragen, wie andererseits wiederum die Haftung für culpa in concreto auch auf die originären bon. fid. negotia überzuleiten.

1730) Im Allgemeinen s. § 83 unter C. § 89. Schulcontroversen s. § 139 unter A 2. B 2 und dann z. B. zwischen Lab. und Octav. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 18. pr.) s. A. 967. Detailpunkte s. § 89 unter 2. Daneben dann wieder das allgemeine Axiom: ad impossibilia nemo obligatur.

1731) Cels. 11 Dig. (D. XVI, 3, 32) bestimmt diesen Gegensatz als diligentia ad eum modum, quem hominum natura desiderat, somit conform der Speculation über das ius naturale (Thl. I § 53) und ad suum modum cura; und Paul. 23 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 16) durch diligentia, qualem diligens paterfam. und qualem in suis rebus praestat.

Denn die erstere, bereits in der vorigen Periode (§ 112 a. E.) angedeutete Tendenz manifestirt sich in Bezug auf die fiducia,[1732] res uxoria,[1733] tutela,[1734] wie communio incidens,[1735] während die letztere Tendenz zu Tage tritt in Bezug auf die emtio venditio, das commodatum[1736] und die societas.[1737] Indem jedoch die letztere Tendenz nicht zur Herrschaft gelangte, so fiel nun der Theorie die Aufgabe zu, jene nach dem Maaßstabe des Generischen zu bemessende Verschuldung nach Inhalt, wie Umfang: in ihrer Wesenheit, wie ihren Arterscheinungen näher zu bestimmen. Und bezüglich jenes ersteren Punktes ward nun dieselbe als das der bona fides (A. 1333) widerstreitende Verhalten construirt und zugleich als dolus malus d. h. Arglist in einem abnorm weiten Sinne des Ausdruckes bezeichnet (1594), während in der letzteren Beziehung ein dreifacher Grad der Verschuldung unterschieden ward: der dolus malus (rechtswidrige Vorsatz) und die culpa (Fahrlässigkeit), wie die culpa lata und levis, wobei nun dieser dolus malus seinen Gegensatz findet ebenso in dem rechtmäßigen Vorsatze, wie in der Unvorsätzlichkeit, zugleich sich scheidend von dem animus oder der Absicht, wie von der mala fides, während die culpa, synonym mit der vertretbaren negligentia,[1738] ihren

1732) Modest. 2 Diff. (Coll. X, 2, 2): in fiduciae iudicio — et dolus et culpa deducitur.

1733) Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2), 29 ad Sab. (D. L, 17, 23) vgl. 31 ad Sab. (D. XXIV, 3, 7. § 12); Paul. 7. 8 Resp. (D. XXIV, 3, 49. pr. XXIII, 3, 72. § 1. vgl. fr. Vat. 101), 36 ad Ed. (D. XXIV, 3, 25. § 1); Modest. 2 Diff. (Coll. X, 2, 2); vgl. Jul. 5 ex Min. (D. XXIII, 3, 49); Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 18. § 1); Tryph. 11 Disp. (D. XXIII, 5, 16).

1734) In Bezug auf Ankauf von Grundstücken statuirt Ulp. 35 ad Ed. (D. XXVI, 7, 7. § 2) Haftung für culpa lata, Diocl. im C. Just. V, 51, 7 im Allgemeinen Haftung für culpa levis; vgl. auch Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); Modest. 2 Diff. (Coll. X, 2, 3); Alex. im C. Just. V, 51, 4. sowie A. 1548.

1735) Jul. und Pomp. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 2, 16. § 4); Pomp. 13 ad Sab. (D. X, 3, 20); Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); Paul. 23 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 18); Diocl. im C. Just. III, 37, 4.

1736) Emt. vend.: Lab. 2 Pith. (D. XIX, 1, 54. pr.). — Commodat.: Gai. 9 ad Ed. prov. in A. 1273.

1737) Gai. 2 Aur. (D. XVII, 2, 72. J. Just. III, 25, 9); vgl. A. 1386. 1548.

1738) So z. B. Gai. 2 Aur. (D. XVII, 2, 77); vgl. Schilling, Inst. § 235 g. fg.

Gegensatz findet in der diligentia. Insbesondere aber die culpa lata wird in Bezug auf die obliegende Verhaftung des Subjectes von den Sabinianern, obwohl unter Widerspruch der Proculianer, dem Dolus gleichgestellt,[1739] so daß trotz jenes dreifachen Grades[1740] der Verschuldung doch nur eine zwiefache Potenz der Verhaftung: für Dolus und culpa lata, sowie anderweit auch für culpa levis im Civilrechte statuirt wurde.[1741])

Sodann wiederum innerhalb des Kreises öconomischer oder wirthschaftlicher Verhältnisse und Begriffe geben namentlich ebenso die neugeschaffenen Bereicherungsklagen auf id quod pervenit, wie quanto locupletior factus est, als auch der neuaufgenommene Maaßstab für Bemessung des Schadens als quanti interest die Veranlassung, nicht allein die dadurch zur Relevanz erhobenen öconomischen Beziehungen und Begriffe, sondern auch deren in dem Maaßstabe des quanti res est gegebene Gegensätze, wie endlich auch die für jene Schätzungsmodalitäten maaßgebenden allgemeineren Momente theoretischen Erörterungen zu unterziehen, so vor Allem das Wesen von Bereicherung (§ 81), wie Schaden an sich, dann des Interesses: der utilitas sammt seinen mannichfachen Beziehungen, die Gegensätze ferner von Werth und Preis des Gutes: von veritas rei und pretium rei, von quanti res est und quanti interest, von directem, wie indirectem Schaden, wie von der Aestimabalität überhaupt des Gutes (§ 69—73); dann aber auch die Weseneigenthümlichkeiten des Geldes,[1742]) wie der

---

1739) Cels. 11 Dig. (D. XVI, 3, 32): quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur; vgl. Nerat. 1 Resp. bei Ulp. 5 Disp. (D. XXXVI, 1, 22. § 3). Die sabinianische Lehrmeinung drang durch, so Ulp. 7 Disp. (D. XVII, 1, 29. pr.), 4, 24, 38, 52, 71 ad Ed. (D. II, 13, 8. pr. XI, 6, 1. § 1. XLVII, 4, 1. § 2. XXXVI, 4, 5. § 15. XLIII, 26, 8. § 3) und das Weitere bei Schilling, a. O. § 235 s fg.

1740) So z. B. Diocl. im C. Just. V, 51, 7: dolo vel lata culpa aut levi.

1741) Anders im Criminalrechte; vgl. Schilling, a. O. § 235. t.

1742) So Jav. 10 Epist. (D. XLVI, 1, 42): non, ut aestimatio rerum, quae mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est; dann Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 1. pr.) und die weiteren Erörterungen über den Unterschied von emtio vend. und permutatio. Dann wieder Paul. 28 ad Ed. (D. XII, 1, 2. § 1); und endlich A. 793 fg.

causa rei oder omnis causa,[1743]) der fructus, wie der accessio,[1744]) der usurae, wie der impensae,[1745]) und der Phänomene der Coursveränderungen (A. 751 fg.).

Und endlich tritt neben jene zwiefache Gruppe von fundamentalen Rechtsbegriffen die theoretische Figur der causa der Bereicherung: jener Lehrbegriff, der aus einer so tiefen, wie klaren Erkenntniß von den Gesetzen der Verkehrsbewegungen in der Sphäre der bürgerlichen Gesellschaft hervorgeht und in so unübertroffener Weise den hier gegebenen Ordnungen eine Anerkennung und Geltung im Gebiete des Rechtes vermittelt (§ 81. 133).

In Folge der neuen Stellung aber, welche so jene Begriffe in dem Rechte gewinnen, in Folge der Vertrautheit mit denselben, welche daraus für Wissenschaft, wie Lebensverkehr sich ergab, in Folge der Herrschaft endlich über jenen Stoff, welche die Theorie durch dessen dogmatische Erörterungen errang, traten nun zugleich die jenen Begriffen entsprechenden Kategorieen in die Sphäre der doctrinellen Reflexionen hinein und boten damit zugleich der Wissenschaft die Anknüpfungspunkte für ganz neue Rechtssätze und Ordnungen. Denn so ist es namentlich das lucrativum in seiner dreifach verschiedenen Bedeutung des Bereichernden, des Unentgeltlichen, wie des bereichernden Unentgeltlichen, welches ebenso zu einer Reform altüberlieferter Rechtsordnungen, so der interdictio re et commercio (Beil. XII § XVIII), wie auch als

---

1743) Der Ausdruck causa rei oder omnis causa ist nicht alt: § 113; anstatt desselben sagt noch Lab. Pith. bei Pomp. 16 Ep. (D. L, 16, 246. § 1): omnis res condicioque und 2 Post. (D. XXXII, 1, 30. § 3): tota causa, dagegen Sab. und Cass. bei Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 7): causa. Wiederum dem Jul. und Gai. sind beide Ausdrücke geläufig; vgl. das Material bei Voigt, Cond. ob caus. 44 fg. sowie oben A. 753.

1744) Specialerörterung über die Restitution der fructus z. B. bei Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38); dann A. 1583. Der Ausdruck selbst geht von den XII Taf. aus und wird dann im Gegensatz zur accessio näher präcisirt, was aber vornämlich der vorigen Periode angehört: § 113, wie auch innerhalb der Theorie vom Usufruct sich vollzieht: vgl. Schilling, a. O. § 66 Zus. § 192 f. g.

1745) So Pomp. 6 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 121): usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est id est nova obligatione; dann wieder Ulp. 15 ad Ed. (D. XXII, 1, 34). — Wegen der impensae s. § 123. A. 1583.

Mittelpunkt einer Fülle ganz neuer Rechtssätze verwendet ward.[1746])

Und nicht minder ist es sodann der Begriff des Interesse, der zur Aufstellung der neuen Lehre verwendet wird, daß zur rechtlichen Begründung der Klage, wie zur Rechtswirksamkeit des Rechtsgeschäftes ein Interesse des Berechtigten wesentlich zu erfordern sei.[1747])

1746) A. 1519. Voigt, Cond. ob caus. § 30.

1747) Vgl. § 97 unter d. e. Die Quellen dieser Periode ergeben folgende Sätze: A) ein juristisches Interesse wird erfordert ebenso für die durch Rechtsgeschäft vereinbarte Befugniß: Pomp. 9. 33 ad Sab. (D. II, 14, 61. VIII, 1, 15. pr.), Paul. 15 ad Plaut. (D. VIII, 1, 8. pr.), Diocl. im C. Just. VIII, 39, 3., wie für die zu erhebende Klage: sei es a. in rem: Jav. 8 Ep. (D. XXXVIII, 2, 36: interd. quor. bonor.), sei es a. in personam: Cass. bei Jul. 4 ex Min. (D. XIX, 2, 32), Marcell. 5 Dig. (D. XLV, 1, 95), Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 8. § 6); vgl. Pap. 2. 27 Quaest. (D. XIX, 5, 7. XLV, 1, 118. § 2), Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 17. J. Just. III, 19, 19), Paul. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 44. § 2). B) Eine Ausnahme ergiebt sich für die Stipulation einer Conventionalstrafe, wo es irrelevant ist, ob der Stipulator an der Erfüllung der Leistung, bezüglich deren Nichterfüllung die Strafe promittirt ist, ein Interesse hat: A. 1184. C) Als juristisches Interesse wird anerkannt nicht allein das pecuniäre, sondern auch das Affections-Interesse, allein letzteres nur insoweit, als es ein sympathetisches, nicht aber wenn es ein antipathetisches ist, wie z. B. vindictae ratio: Jav. 8 Ep. cit. Pomp. 34 ad Sab. (D. XLIII, 20, 3. pr.); Pap. 10. 27 Quaest. (D. XVIII, 7, 7. 6. XVII, 1, 54. pr.); Ulp. 31. 68 ad Ed. (D. XVII, 1, 6. § 4. XLIII, 8, 2. § 11. 12); Paul. 67 ad Ed. (D. XLIII, 24, 16. pr. § 1), 16 Quaest. (D. XXI, 1, 71); Herm. 1 Jur. ep. (D. IV, 4, 35); Justin. im Cod. IV, 54, 9. vgl. Schilling, Inst. § 186 h. D) Ein specielleres Fundament gewinnt dieser Satz bei der bon. fid. a. durch das Princip, daß diese Klage die sanguinis ratio mit vertritt: A. 1569. E) Dagegen für die a. furti insbesondere wird das erforderliche juristische Interesse weder durch das Affectionsinteresse, noch auch unbeschränkt durch das pecuniäre Interesse schlechthin begründet: Jav. 15 ex Cass. (D. XLVII, 2, 71. § 1); Pomp. 38 ad Qu. Muc. (D. cit. 76. § 1); Paul. 9 ad Sab. (D. cit. 11). F) Alle jene Rechtssätze haben Geltung auch für die Zeit zwischen Litis Contest. und Urtheil: der Wegfall des Interesse nach der Lit. Cont. zerstört die Klage: A. 1711; Jav. 9 ex Post. Lab. (D. XLVII, 2, 90. pr.); Ulp. 37 ad Ed. (D. cit. 52. § 29). G) Gegenüber den Rechtssätzen, daß die Beeinträchtigung des Affectionsinteresse an und für sich den Thatbestand des Schadens nicht ergiebt (§ 69), daß im Falle der Bemessung des Schadens auch als quanti interest das den Werth des Objectes für den Geschädigten bestimmende Affectionsinteresse nicht mit in Anschlag kommt (A. 817) und daß endlich gewisse Güter an sich inästimabel sind (A. 794 fg.),

Ueberdem wird sodann dem Principe nemo cum damno alterius locupletior fieri debet in der gegenwärtigen Periode noch eine ganz neue systematische Verwendung zu Theil: es wird dasselbe, als ein Element der vulgären aequitas, bei der Interpretation der Rechtssätze, wie Rechtsgeschäfte nach Maaßgabe der dieser aequitas hierbei zugewiesenen Function in Anwendung gebracht (S. 145), und so nun in der Richtung verwendet, um gegebene Rechtssätze in einer mit jenem Principe übereinstimmenden Weise ebenso zu restringiren,[1748]) wie auch zu extendiren.[1749])

Im Allgemeinen aber tritt in der Sphäre der damni ratio nicht allein, wie obbemerkt, die von den Proculianern ausgehende Tendenz (§ 143 unter I B b) zu Tage, eine Ausgleichung der überlieferten principiellen Verschiedenheiten im Rechte in der Richtung der aequitas herbeizuführen, sondern auch, entsprechend der bereits von der vorigen Periode eingeschlagenen (§ 123) und gegenwärtig von den Sabinianern vertretenen (§ 143 unter II A) Richtung die Tendenz, bei den Schädenklagen die Haftung des Beklagten im Falle von dessen Verschuldung zu steigern und so nun dem quanto minoris res est das quanti interest zu substituiren, wie auch bei den Bereicherungsklagen, somit bei mangelnder Verschuldung des Beklagten, dessen Haftung zu mindern und so nun an Stelle des id quod pervenit das quanto locupletior factus est zu setzen, Momente, die auch in anderen Beziehungen eine Ausprägung im Rechte erfahrend,[1750]) in § 142 im Näheren

---

ist es Sache des Klägers, den Schaden, wegen dessen Ersatz beansprucht wird, zu substantiiren und zu quantificiren. — Abweichende Sätze bieten Arndts, Pand. § 202 A. 3 und die das. Citirten; Mommsen, Beitr. II, 126 fg.

1748) So bezüglich des S. C. Macedonianum: dessen exc. fällt weg, dafern das Darlehn zur Beschaffung unentbehrlicher Bedürfnisse gedient oder sonst welche versio in rem patris statt hatte: Scaev. bei Marc. 4 Reg. (D. XLVI, 3, 47. § 1); Ulp. 29 ad Ed. (D. XIV, 6, 7. § 12, 18), Paul. 2 Sent. (D. cit. 17).

1749) So z. B. Cass. bei Pomp. 19 ad Sab. (D. XLVI, 3, 17) und dazu Sell, Vers. I no. I § 42 unter 1; dann Tryph. 8 Disp. (D. XX, 5, 12. § 1) und dazu Witte, Bereicherungskl. 330.

1750) Die Tendenz, die Haftung wegen Verschuldung zu steigern, prägt sich aus theils in den in A. 978. 1674. § 87 unter III. § 143 unter II A 1 dargelegten Momenten, theils darin, daß a. furti, wie vi bon. rapt., welche

darzulegen sind, und mit denen wiederum Hand in Hand geht die Tendenz, dem Uebermaaße des quanti interest gewisse Schranken zu setzen (§ 74 unter d. A. 829).

Insbesondere bei der mora accipiendi greift gleichfalls jene Ausgleichungstendenz ein, hier nun zu einem ganz eigenthümlichen Ergebnisse gelangend. Von der vorigen Periode nämlich war ein dreifaches System überliefert worden: theils bei der alten condictio, wo jene Mora ohne Weiteres und ipso iure den Schuldner liberirte (A. 1217); theils bei den lites, wie arbitria, und sonach bei allen persönlichen Klagen der XII Tafeln, wo dieselbe alternativ entweder den Schuldner befugte, an den Gläubiger eine denuntiatio wegen Vornahme der Solution zu erlassen und bei deren Erfolglosigkeit die res debita resp. zu derelinquiren oder zu deponiren, oder aber anderenfalls ganz effectlos war, indem sie an der Leistungspflicht des Schuldners nichts änderte (§ 97. 102); theils endlich bei den bon. fid. actiones, wo dieselbe alternativ entweder den Schuldner befugte, ohne Weiteres die res debita resp. zu derelinquiren oder zu deponiren, oder aber anderenfalls einen ipso iure wirksamen Rechtsanspruch des Schuldners begründete, unter Anderem Ersatz des id quod interest vom Gläubiger zu fordern (A. 1372 fg.). Dieser Mehrfältigkeit von Systemen gegenüber tritt nun die obige Ausgleichungstendenz darin zu Tage, daß einestheils die Rechtsordnung der XII Tafeln im Ganzen übertragen wird auf die certi cond. (A. 1687), und anderntheils deren Requisit einer denunciatio an den Gläubiger in die Ordnung der bon. fid. negotia herübergenommen wird (§ 128), endlich wieder diese letztere so gestaltete Rechtsordnung im Ganzen auf das Fideicommiß und das legatum per damn.

---

von Born herein mixtae sind, in poenales umgewandelt werden: A. 1620. Dagegen die Tendenz, die Haftung des Beklagten beim Fehlen von Verschuldung abzumindern, manifestirt sich theils in den in § 143 unter II A 2 dargelegten Momenten, theils in der cond. ob caus.: A. 1669, theils bei der her. pet.: Paul. 20 ad Ed. s. A. 924; lediglich bei a. de in rem verso tritt die entgegengesetzte Tendenz zu Tage: § 91, hier daraus sich erklärend, daß die darin dem Gewalthaber auferlegte Haftung zuerst eine reine Singularität ist, später aber iuris communis wird und jetzt nun bis an die Gränzen des angemessen Scheinenden ohne Bedenken ausgedehnt wird.

und sinendi modo übertragen wird, obwohl mit der Modification, daß bei den letzteren beiden der bezügliche Gegenanspruch nicht ipso iure, sondern ope exc. doli mali zur Geltung kommt (A. 1679). Während daher hierin die Tendenz ebenso der Abstoßung des alten Condictionenrechtes, wie der Verallgemeinerung von der Ordnung der bon. fid. negotia sich manifestirt, so behielt man endlich wiederum die erstere Rechtsordnung bei der cond. trit. im Allgemeinen bei (A. 1688), weil hier eine Deposition der res debita nicht durchführbar war, und andererseits deren Dereliction hier innerhalb des rigor um so weniger erfordert wurde, als solche dem Schuldner nur nachtheilig war, ohne dem Gläubiger, gleich der Deposition, zu nützen, für einen Entschädigungs-Anspruch dagegen jene Klage überhaupt keinen Raum bot.

Was endlich die arbitrii ratio betrifft, so sank die historisch überlieferte Verschiedenheit in der Ordnung des richterlichen Officium, in welcher von Alters her der Gegensatz der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition sich ausprägte, dadurch zur Bedeutungslosigkeit herab, daß das eine Glied jener historisch gegensätzlichen Ordnung: das rein präjudiciale Richterurtheil verkümmerte und nur noch in rudimentärer Gestalt in Bestand sich behauptete: in der leg. a. sacr. und dem agere per sponsionem der dinglichen Klage, auch so noch beeinträchtigt durch die Concurrenz der form. pet. Indem so daher der Gegensatz selbst des meritorischen und des präjudicialen Urtheiles in keiner Weise mehr eine hervorragendere juristische Stellung einnahm, so wurde nun derselbe von der Anschauung dieser Periode auch nicht mehr als Ausprägung und Stützpunkt des principiellen Gegensatzes der arbiträren und der gebundenen richterlichen Cognition anerkannt und gewürdigt, vielmehr solche Ausprägung des Gegensatzes von aequitas und rigor in anderen, bedeutungsvolleren und wichtigeren Verschiedenheiten gefunden: in der bon. fid. und der arbitraria a. einerseits und in der stricti iur. a. andererseits, als den Klagen, wo hier die richterliche Cognition eine gebundene war im Gegensatze zu den ersteren, wo theils auf Grund der bon. fid. formula, theils in der durch die Restitutionsclausel dem Richter übertragenen pronuntiatio de restituendo demselben eine arbiträre Cognition zustand. Und in dieser Beziehung und sachlichen Be-

deutung tritt denn nun der Gegensatz von rigor und aequitas innerhalb der arbitrii ratio in der Anschauung der gegenwärtigen Periode hervor (§ 125).

§ 142.

Fortsetzung.

Der Maaßstab der Bemessung von Schaden und Bereicherung.

Die nach § 141 maaßgebenden Tendenzen, die Haftung des Beklagten ebenso im Falle einer Verschuldung desselben zu steigern, wie beim Fehlen solcher Verschuldung zu mindern, manifestirt sich vornämlich in der Modalität der Bemessung dort des Schadens und hier der Bereicherung.

Und zwar, was zunächst diesen letzteren Moment betrifft, so tritt solche Thatsache zunächst darin zu Tage, daß bei gewissen auf quanti res erit concipirenden Bereicherungsklagen: bei a. quod met. c. und cond. ex lege repet. wider den dritten Besitzer die anfängliche Haftung von dem id quod pervenit auf das quanto locupletior factus est abgemindert (A. 927. 928), bei der cond. ob caus. dagegen zwar im Principe die Haftung auf das id quod pervenit beibehalten, dabei aber durch manichfache besondere Einschränkungen in Wahrheit doch auf das Maaß des quanto locupletior factus est herabgesetzt wird (A. 929); und sodann auch vornämlich darin, daß die taxatio Dumtaxat quod ad Num. Negidium pervenit etc. auf das Maaß der Haftung des quanto locupletior factus est bei einer Mehrheit von Klagen abgemindert wird: bei a. utilis oder in factum wider den Delinquenten nach Ablauf der Verjährungsfrist, sowie wider den bereicherten Erben oder Gewalthaber und so wohl auch wider die bereicherte juristische Person oder den Mandanten (§ 81 unter IB), während die entgegengesetzte Interpretation: der taxatio Dumtaxat quanto Num. Negidius locupletior factus als quod ad eum pervenit nirgends ausgesprochen wird.

Was dagegen die Bemessung des Schadenersatzes betrifft, so wird allerdings von den altüberlieferten bezüglichen Modalitäten keine einzige völlig aufgegeben; denn von den in § 74 dargelegten Modalitäten wird zunächst der abstracte Maaßstab in seinem abso-

luten Ansatze einer festen Geldsumme nicht allein beibehalten, sondern auch bei manichfachen Pönalklagen zu neuer Verwendung gebracht; sodann wird jener abstracte Maaßstab auch in seinen relativen Ansätzen des pretium rei oder des multiplex oder der Quote von solchem beibehalten und dies bei den condemnationes ebenso auf Quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnato, wie auf (quanta pecunia —) Tantam pecuniam condemnato, als auch auf Eius condemnato: theils bei cond. triticaria, theils bei a. redhibitoria, theils bei a. ex stipulatu aus gewissen stipulationes praetoriae, theils bei bon. fid. a. auf Verzugszinsen, theils bei actiones furti rei ipsius und de rationibus distrah., theils endlich bei der Mehrzahl der betreffenden honorarischen Delictsklagen (§ 124 unter I. II. III); und endlich wird auch der concrete Maaßstab des quanto minoris est, insoweit solcher die erlittene Einbuße am pretium rei vertritt, wenn auch nur ausnahmeweise beibehalten bei gewissen speciellen Verwendungen der bon. fid. a. (§ 124 unter II e—h). Allein trotz Alle dem treten doch diese letzteren beiden Maaßstäbe in die Stellung des Singulären zurück, indem vielmehr als die reguläre Modalität der Berechnung des Schadenersatzes nunmehr der concrete Maaßstab anerkannt und hierbei wiederum als die als Rechnungsfactor regelmäßig maaßgebende Einheit das Interesse des Verletzten: die utilitas zu Grunde gelegt, der Schaden selbst somit als veritas rei oder quanti interest bemessen wird. Und diese Tendenz, welche bereits in der vorigen Periode in vereinzelten Spuren hervortrat (§ 124), gelangt gegenwärtig nun in zahlreichsten Kundgebungen zur Ausprägung und zwar in der vierfältigen Richtung, daß theils bei incertae stipulationes die Conception auf quanti interest zur Verwendung kommt (§ 71 unter A II), theils einer größeren Anzahl neu geschaffener Klagen die condemnatio auf Quanti Auli Ag. interfuerit, tantam pecuniam oder tantae pecuniae duplum — condemnato beigelegt (§ 71 unter B II), theils anders lautenden condemnationes überlieferter Klagen und zwar theils Klagen auf Erfüllung von Contracten oder Quasicontracten, theils Contracts-, Quasicontracts- und dinglichen Klagen in Function von Schädenklagen, theils Delicts- und Quasidelictsklagen die sachliche Bedeutung des quanti interest untergelegt, theils endlich die Conception gewisser stipulationes praetoriae auf quanti res est als quanti interest interpretirt wird.

Was nun im Besonderen diese letzteren drei Momente betrifft, so ist es zunächst

I. die condemnatio auf Quanti ea res erit oder fuerit, tantam pecuniam oder tantae pecuniae duplum oder dgl. condemnato, welcher bereits von der vorhergehenden Periode die sachliche Bedeutung des quanti interest beigelegt ward bei der a. damni iniuria dati, wie de dolo (§ 124 unter 1. 2). Und die gleiche Interpretation wird nun von der gegenwärtigen Periode aufgestellt bezüglich der folgenden, in § 71 unter B I 3. 4 verzeichneten Klagen:[1751])

a. cond. furtiva und a. rer. amotarum: § 81 unter III, sowie die cond. trit. aus legatum per damnat. und sinendi mod. im Falle der mora solvendi, wo solche Klage eine pönale Steigerung auf das id quod interest erfährt: § 136 a. E.;

b. a. de eo quod certo loco: Jav. 2 Ep. (D. XVI, 2, 15); Afr. 8 Quaest. (D. XIII, 4, 8); Ulp. 27 ad Ed. (D. cit. 2. § 8); vgl. § 119;

c. a. aquae pluviae arcendae: Ulp. 53 ad Ed. (D. XXXIX, 3, 6. § 8); Paul. 49 ad Ed. (D. cit. 11. § 4);

d. a. de pauperie: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3);

e. formul. petit. in ihrer Function als Schädenklage: § 80 unter II, ausgenommen gewisse specielle Beziehungen, wo singulärer Weise das quanti res est festgehalten wird: § 80 unter B; vgl. A. 1751;

1751) Bezüglich der auf quanti res est concipirten actiones arbitrariae wird der Satz ausgesprochen von Ulp. 51 ad Ed. (D. VI, 1, 68): si — nec potest restituere nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris quam quanti res est id est quanti adversarii interfuit condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia sive interdicta sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. Allein bezüglich der actiones in personam leidet jener Satz an fehlerhafter Allgemeinheit: er greift nicht Platz bei a. redhibitoria oder quod. met. c.: § 124 unter I g. m. A. 927; und auch bezüglich der form. petit. greift er nicht Platz, insoweit dieselbe als Bereicherungsklage fungirt: § 81 unter I C 2. II C 2. und ist sogar nicht ohne Ausnahme, insoweit dieselbe als Schädenklage fungirt: § 80 unter B. Im Uebrigen wegen des Falles der Leistung des iusiur. in litem. vgl. A. 837.

f. a. ad exhibendum: Commod. bei Callistr. 1 Quaest. (D. XII, 3, 10); Nerat. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 8); Paul. 26 ad Ed. (D. cit. 10); J. Just. IV, 17, 3;
g. a. adversus falsum tutorem: Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 2. fr. 10);
h. a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quo minus a praetore in possessionem missus admissus non sit: Ulp. 53. 72 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 15. § 36. XLIII, 4, 1. § 5)
i. a. adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocatur: A. 766;
k. a. adversus magistratum municipalem, qui damni infecti nomine neque caveri, neque in possessione esse curaverit: Ulp. 1 ad. Ed. (D. XXXIX, 2, 4. § 7);
l. a. arbitraria bei den interd. restitutoria und exhibitoria:[1752]) Ulp. 51 ad Ed. (A. 1751); so insbesondere bei interd.
  aa. unde vi: Vivian. bei Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 41);
  bb. quod vi aut clam: Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 15. § 7. 9. 12);
  cc. de precario: Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 8. § 4);
m. iudicium secutorium bei den Interdicten (A. 1752), so insbesondere bei interd.
  aa. uti possidetis: Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 17, 3. § 11); vgl. § 124 unter I c;
  bb. unde vi: Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6) Paul. 13 ad Sab. (D. cit. 15); vgl. Ulp. 69 ad Ed. (D. cit. 1. § 35); § 124 unter I d;
  cc. de itinere: Ulp. 70 ad Ed. (D. XLIII, 19, 3. § 3);
  dd. de tabulis exhibendis: Ulp. 68 ad Ed. (D. XLIII, 5, 3. § 11);
  ee. de via publica reficienda: Ulp. 68 ad Ed. (D. XLIII, 11, 1. § 3);
  ff. quod vi aut clam: Paul. 13 ad Sab. (D. XLIII, 16, 15); Venul. 2 Int. (D. XLIII, 24, 22. § 2);
  gg. ne quid in loco publico: Ulp. 68 ad Ed. (D. XLIII, 8, 2. § 44);

1752) Vgl. Savigny, Syst. V, 443 fg. Schmidt, Interdict. Verf. 254 fg.

hh. quod legatorum: Paul. 63 ad Ed. (D. XLIII, 3, 2. § 2);
ii. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est: Ulp. 72 ad Ed. (D. XLIII, 4, 1. § 5);
n. a. de servo corrupto: Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 6); vgl. § 124 unter I b;
o. a. de effusis et deiectis wegen damnum datum: Gai. 6 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7).

II. Ebenso wird der condemnatio der a. quanto minoris auf ·Quanto minoris ea res, quum veniret, fuerit, tantam pecuniam condemnato das quanti interest als Maaßstab untergelegt von Proc. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XXI, 2, 16. § 2); Ulp. 80 ad Ed. (D. XXI, 1, 61); Paul. 2 ad Ed. aed. (D. cit. 44. § 2);[1753])

III. Sodann der condemnatio Eius — condemnato war nach 124 unter 3. 4 bereits von der vorigen Periode bei allen den drei Klaggruppen, denen dieselbe angehört, in vereinzelten Beziehungen der Maaßstab des quanti interest untergelegt worden: bei incerti condictio und a. ex stipulatu ward der normale Maaßstab des quanti res est zu Gunsten des quanti interest insoweit aufgegeben, als dieselben aus einer Obligation auf facere hervorgehen, während bei bon. fid. a. als Schädenklage wegen doloser reticentia und doloser Vereitelung der Prästation der res locata das quanti interest an Stelle des normalen quanto minoris est tritt. Von der gegenwärtigen Periode nun wird der Maaßstab des quanti interest untergelegt der

a. incerti cond. schlechthin:[1754]) Proc. bei Pomp. 15 ad Qu. Muc. in § 124 unter 4; Cels. 5. 6 Dig. (D. XLII, 1, 11. 13. pr.); Afr. 5 Quaest. in § 136 a. E.; Scaev. 13 Quaest. (D. XLV, 1, 133); Pap. 27 Quaest. (D. V, 1, 43); Paul. 2 ad Ed. (D. XLV, 1, 68); J. Just. III, 15, 7;

1753) Dagegen gehört nicht hierher Gai. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 28): quanti emtoris intersit, worüber vgl. § 124 unter I, und wo das Mißverständniß des diesfallsigen Sprachgebrauches Schilling, Inst. § 299 nn zu der irrigen Annahme einer eigenen bezüglichen a. in factum veranlaßt hat.

1754) So auch Mommsen, Beitr. II, 84 fg. Die Zeugnisse handeln entweder von der Obligation auf facere oder von dem Damnationslegate: (Afric. 5 Quaest.) fehlen aber für die Stipulation auf dare incertum und sind somit doch nicht erschöpfend.

b. a. ex stipulatu schlechthin, bei der jedoch zuerst der Maaßstab des quanto minoris est[1755]) und erst später das quanti interest zu Grunde gelegt ward und so insbesondere bei Klage aus

aa. stipulatio conventionalis mit doli clausula: Proc. 2 Ep. in § 124 unter 4; Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. § 2. 3);

bb. stipulatio simplae vel duplae: Paul. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 44. § 2);

cc. stipulatio iudicatum solvi: Cels. 4 Dig. (D. V, 3, 45) s. A. 954;

dd. cautio damni infecti: Ulp. 42 ad Ed (D. XXXIX, 2, 37); Paul. 1 ad. Ed. (D. cit. 5. § 2);

ee. cautio rem ratam haberi: Scaev. 13 Quaest. (D. XLVI, 8, 4); Pomp. 26 ad Sab. (D. cit. 18); Paul. 76 ad Ed. (D. cit. 13. pr.), 13 ad Sab. (D. cit. 19);

ff. cautio iudicio sisti bei in ius vocatio: Ner. 2 Membr. (D. II, 11, 14); Cels. bei Ulp. 47 ad Sab. (D. II, 5, 3) und 77 ad Ed. (D. XLV, 1, 81. pr.); Ulp. 77 ad Ed. cit. (D. cit. § 1); Paul. 11 ad Sab. (D. II, 11, 12. § 1. s. A. 1711);

immerhin bleiben jedoch die in § 124 unter I p und II a—d aufgezählten Ausnahmen in Bestand, in denen die Klage ihre Richtung auf quanti res est behauptete;

c. bon. fid. a. in Function sowohl einer Erfüllungs-, wie einer Schädenklage (§ 80 unter I), obwohl letzterenfalles mit gewissen, in § 124 unter II e—h dargelegten Ausnahmen, wo solche Klage singulärer Weise auf quanto minoris est sich richtet, während als Bereicherungsklage dieselbe die Richtung auf id quod pervenit gewinnt (§ 81 unter II D).

IV. Dahingegen den auf Quanta pecunia — —, tantam pecuniam oder tantae pecuniae duplum oder dergl. — condemnato sich concipirenden Klagen wird nur ausnahmeweise die Richtung auf quanti interest beigelegt, nämlich

---

1755) Dies ergiebt Proc. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XXI, 2, 16. § 2): statim mea interest quanto ob id deterior est (vgl. § 124 unter I) d. h. die zur Klage erforderliche Verletzung des Interesse (A. 1747) liegt in der Deteriorirung des Rechtsobjectes und begründet nun die entsprechende a. ex stipulatu. — Keine Ausnahmestellung gewinnt die obige Klage, dafern die betreffende Stipulation auf eine Conventionalstrafe sich concipirt: § 115.

a. den actiones furti possessionis und usus: Jav. 4 Ep. (D. XLVII, 2, 74); Pap. 12 Quaest. (D. cit. 80. § 1); Ulp. 42 ad Sab. (D. cit. 46 § 1);

b. der a. furti nudae proprietatis: Ulp. 42 ad Sab. (D. XLVII, 2, 46. § 1);

c. nach der Lehrmeinung gewisser Juristen der a. furti rei ipsius schlechthin: Cels. 12 Dig. (D. XLVII, 2, 67. § 1); Pap. 12 Quaest. (D. cit. 80. § 1); Paul. 9 ad Sab. (D. cit. 32. pr.)[1756].

V. Endlich wird auch wiederum das quanti res est der Stipulationen (§ 71 unter A I) als id quod interest interpretirt, wie bekundet wird bezüglich der

stipulationes praetoriae im Allgemeinen von Venul. 8 Act. (D. XLVI, 5, 11): in eiusmodi stipulationibus, quae quanti res est promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est quanti cuiusque intersit;

cautio ratam rem haberi insbesondere: Pap. 11 Resp. (D. XLVI, 8, 2); Venul 15 Stip. (D. cit. 8. § 2);

stipulatio duplae vel simplae: Ulp. 42 ad Sab. (D. XXI, 2, 31).

§ 143.

Fortsetzung.

Die Stellung der Schulen gegenüber dem Principe.

Während ein principieller Gegensatz oder auch nur eine Verschiedenheit der Lehrmeinungen zwischen den Proculianern und Sabinianern weder in Bezug auf die Principien an sich von aequitas und rigor, noch auch rücksichtlich der entsprechenden allgemeinen Richtung der historischen Rechtsentwickelung zu Tage tritt; während sodann bezüglich der einzelnen Phasen und Momente, in denen solche Entwickelung sich vollzieht, ebenso wenig in der Sphäre der voluntatis, als der arbitrii und sanguinis ratio der Gegensatz der Schulen irgend welche principielle oder auch nur hervorragendere Bedeutung erlangt; so waltet hierin das ent-

1756) Vgl. § 124 unter III a, Savigny, Syst. V, 447 fg. Puchta, Pand. 224 c.

gegengesetzte Verhältniß ob innerhalb der damni ratio, wo nun von den Schulen allerdings ganz verschiedene Tendenzen hinsichtlich der Fortbildung des Rechtes in der Richtung der aequitas vertreten werden und der entsprechende Gegensatz der Lehrmeinungen in zahlreichen Punkten eine scharf prononcirte Ausprägung gewinnt.[1756a]) Unternehmen wir es nun, solchen Dissens der Schulen zu constatiren, so tritt zunächst

I. auf Seiten der Proculianer die Tendenz zu Tage, die von dem Zeitgeiste erforderten und als nothwendig anerkannten Reformen des Rechtes in der Sphäre des Civilrechtes zu vermitteln, dagegen bezüglich des Proceßrechtes an den überlieferten Ordnungen und leitenden Gesichtspunkten festzuhalten. Im Besonderen aber manifestirt sich

A. einerseits jenes Festhalten an den überlieferten Gesetzen des Processes darin, daß

a. bezüglich der formula petit., wie der a. arbitraria im Allgemeinen an der alten, in der leg. a. sacr., wie dem agere per spons. gegebenen Ordnung festgehalten wird, wonach der Proceßbesitzer das periculum des Proceßobjectes zu tragen hat (§ 139 unter A 2), während die Sabinianer dasselbe dem Kläger zuweisen (unter II A 2 a), und wiederum der zwischen Lit. Cont. und Urtheil eingetretenen Ergänzung von thatbeständlichen Defecten im Klaggrunde zu Gunsten des Klägers ein sanirender Effect beigemessen wird (§ 139 unter A 3), ein Satz, der wenigstens bei dem in rem agere per sponsionem von allem Anfange an aus der Conception der formula sponsionis selbst (A. 1312) ohne Weiteres sich ergab und somit von hier aus entlehnt und beibehalten ward;

b. sodann bei bon. fid. a. wird zwar die Erfüllung des Klaganspruches zwischen Lit. Cont. und Urtheil nachgelassen, wie auch der in diesem Zeitraume eingetretenen Ergänzung von thatbeständlichen Defecten im Klaggrunde ein sanirender Effect beigemessen, im Uebrigen aber an der überlieferten novatorischen Wirkung der Lit. Cont. darin festgehalten, daß im Gegensatze zu den Sabinia-

1756a) Durchaus zutreffend bemerkt Kuntze, Inst. II, 270: „weil man die innere Bedeutung der beiden Schulen nicht zu begründen vermochte, hat man sie geleugnet.“ Lebhaft beklage ich, daß das von Dems. 279 A. ** angekündigte Werk noch nicht erschienen ist.

nern (unter II A 2 a) der zwischen solcher und dem Urtheile eingetretenen casuellen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution der liberatorische Effect für den Beklagten abgesprochen wird (§ 139 unter B 1—3);

c. bezüglich der datio in solutum wird nach Gai. III, 168 an deren Wirksamkeit ope exc. doli mali festgehalten (A. 1614ᵃ), im Widerspruche mit den Sabinianern (unter II B 1 b);

d. endlich bei der condictio wird an dem überlieferten novatorischen Effecte der Lit. Cont. im Gegensatze zu den Sabinianern (unter II B 1a) strengstens festgehalten (§ 139 unter C).

B. Dagegen tritt das Bestreben, auf dem Gebiete des Civilrechtes die Reformen zu vermitteln, zu Tage:

a. in der Vermehrung der Aequitätsklagen, und zwar

aa. in der Extension der a. aestimatoria auf andere synallagmatische, nicht mit speciellen Contractsklagen geschützte negotia (§ 126), im Gegensatze zu den Sabinianern (unter II A 2 e);

bb. in der Zulassung der a. de peculio ex ante gesto (A. 1633), ebenfalls im Widerspruche mit den Sabinianern (unter II A 2 d);

b. sodann in der Ausgleichung gegebener Rechtsverschiedenheiten zwischen stricti iur. und bon. fid. actiones, und zwar

aa. in der Uebertragung gewisser Folgewirkungen der mora solvendi bei bon. fid. negotium auf die der cond. tritic. unterfallenden negotia: des Ueberganges vom periculum, wie der Haftung für jedwede culpa auf den Schuldner, der Anerkennung sodann des Eintrittes der mora und des Solutionsortes als des neben Zeit und Ort der Lit. Cont. für die Aestimation maaßgebenden Zeitpunktes und Ortes, wie endlich auch der purgatio morae accipiendi (§ 137), allenthalben im Gegensatze zu den Sabinianern (unter II B 2 a); ingleichen

bb. darin, daß auf Fideicommiß, wie legatum per damn. und sinendi modo ebenso im Gegensatze zu den Sabinianern (unter II B 2 b) die Rechtsordnung der bon. fid. negotia bezüglich der Verhaftung des Schuldners bei Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte (A. 1678), wie auch die Rechtssätze der bon. fid. a. bezüglich der im Falle der mora solvendi eintretenden Verpflichtungen zur Prästation von

Verzugszinsen, wie von omnis causa und sonstigen Schäden übertragen werden (§ 136 a. E.).

Lediglich eine Consequenz dieser letzteren Tendenz aber ist es, daß die Proculianer an der altüberlieferten Bemessung der Verschuldung: an der Gleichstellung der culpa lata mit der culpa levis im Gegensatze zu den Sabinianern (unter II A 1 a) festhalten (A. 1739).

Und diese Momente unter B nun sind es, auf welche der Ausspruch von Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 47) sich stützt:

Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit.

II. Andrerseits wiederum auf Seiten der Sabinianer gelangen durchaus verschiedene Tendenzen zur Geltung und zwar

A. bezüglich der Aequitätsklagen insbesondere

1. die Tendenz, die Haftung des Debitor bei Vorhandensein einer Verschuldung desselben zu steigern. Und zwar beruht hierauf

a. die Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus (A. 1739), im Gegensatze zu den Proculianern (unter I B b); sowie

b. der Rechtssatz, daß bei Verschuldung eines Interessenten in Bezug auf eine obliegende Leistung und bei späterem casuellen Untergange des Objectes derselben, der Umstand, daß solcher Untergang das Object bei dem anderen Mitinteressenten nicht betroffen haben würde, dem Ersteren die Haftung für solchen casus auferlegt,[1757]) so daß namentlich die Gelegenheit zur Veräußerung des betroffenen Objectes mit der Bedeutung des Nichtbetroffen-Werdens vom casus bekleidet wird. Denn wenn allerdings dieser Rechtssatz in den Quellen nicht direct auf die Sabinianer zurückgeführt wird, so ergiebt er sich doch als denselben angehörig dadurch, daß er die logische Contraposition des unter 2 b darzulegenden Satzes enthält[1758])

1557) Dagegen die Proculianer messen Relevanz dem Umstande bei, von welchem Contrahenten die Initiative zu dem Geschäfte ausgegangen ist: Lab. und Nerv. in § 89 unter 2 c.

1758) Jener Satz selbst wird vertreten: in Bezug auf die frustratio restituendi bei Vindication von Ulp. 16 ad Ed.: § 84 unter D I 1 und bei a. ad exhibendum von Paul 26 ad Ed.: A. 1585; als Motiv der Rechtsordnung bei der her. pet. in § 83 unter C 2 a von Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 2) und in § 84 unter D I 2 von Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. pr.);

2. Die Tendenz, die Haftung des Schuldners beim Fehlen einer Verschuldung desselben zu mindern, worauf wiederum beruht

a. der Rechtssatz, daß der zwischen Lit. Cont. und Urtheil eingetretenen casuellen Vereitelung oder Beeinträchtigung der klagbar gemachten Leistung zu Gunsten des Beklagten ein liberatorischer Effect zukomme und zwar ebenso bei form. pet. und a. arbitr. überhaupt, als auch bei bon. fid. a. (§ 139 unter A 2. B 2), Alles dies im Widerspruche mit den Proculianern (unter I A a. b);

b. der Rechtssatz, daß die dem Schuldner in Folge der mora solvendi obliegende Haftung für das periculum rei insoweit nicht Platz greift, als der eingetretene Untergang der geschuldeten res non fungibilis außerhalb aller causalen Beziehung zu jener Verschuldung steht, insofern der casus das Object auch im Besitze des Berechtigten betroffen haben würde, ein Satz der in Anwendung gebracht wird bezüglich der bon. fid. a. von Sab. und Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XVI, 3, 14. § 1)[1759], sowie später dann bezüglich der a. arbitr. von Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 11) und Paul. 26 ad Ed. (D. X, 4, 12. § 4);

c. der Rechtssatz, daß bei Verkauf von res fungibilis die Perfection des Vertrages bis auf den Moment der Tradition sich hinausschiebe (A. 1074);

d. die Negation der Statthaftigkeit der a. de peculio ex ante gesto (A. 1633), im Gegensatze zu den Proculianern (unter I B a bb);

e. der Widerspruch gegen die von den Proculianern postulirte Extension der a. aestimatoria (unter I B a aa), statt deren die Haftung des Beklagten vielmehr auf das Maaß der cond. ob caus. beschränkt wird, der selbst nun dementsprechend ebenso eine aus-

---

in Bezug auf die mora accipiendi von Marcell. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. pr.); in Bezug auf die Vereitelung der Solution beim Innominatcontracte von Ulp. 26 ad Ed.: A. 1672.

1759) Vgl. Dirksen, Beitr. 114. Madai, Mora, 298 fg. Mommsen, Beitr. I, 268 fg. III, 183 fg. Der Satz galt nach Maaßgabe von § 136 a. E. auch bei Fideicommiß und legat. per damn. und sin. modo, worauf auch Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. § 6) hinweist. Dagegen die Nichtgeltung desselben bei Paul. 36 ad Ed. (D. XXIV, 3, 25. § 2) erklärt sich am Angemessensten daraus, daß hier nicht von a. rei uxor., sondern von a. ex stipulatu aus cautio rei uxor. die Rede ist.

gedehntere Verwendung beigemessen (§ 126), als auch eine neue Unterart in der cond. sine causa eingefügt wird (A. 1616).

B. Dagegen bezüglich der stricti iur. actiones verfolgen dieselben die Tendenz, die nothwendig gewordenen Reformen innerhalb des Prozeßrechtes zu bewerkstelligen, im Civilrechte dagegen an den altüberlieferten Ordnungen festzuhalten. Denn so prägt solche Tendenz sich aus

1. bezüglich des Prozeßrechtes

a. in einer tiefgreifenden Umwandelung der Stellung und Function der Lit. Cont.: in einer weitgehenden Beschränkung des novatorischen Effectes derselben, welche, im Gegensatz zu der proculianischen Lehrmeinung (unter I A d), durch Herübernahme gewisser bei der bon. fid. a. gültiger Ordnungen vermittelt ward. Und zwar wurden demgemäß nach § 139 unter C ebenso auf die stricti. iur. a. die bei der bon. fid. a. statuirte Zulassung der Solution zwischen Lit. Cont. und Urtheil übertragen, als auch mit der Lit. Cont. die sämmtlichen Folgewirkungen der mora solvendi bei bon. fid. negotia verknüpft, insoweit solche überhaupt zu solcher Uebertragung an und für sich geeigneter waren, sonach mit Ausnahme der Haftung des Debitor für Schadenersatz und unter Beibehaltung der Lit. Cont. anstatt des Judicates als der für den Zeitpunkt und Ort der Aestimation bestimmenden Momente, dagegen mit Einschluß des Ueberganges des periculum, wie der Haftung für jedwede culpa auf den Debitor, der Anerkennung sodann des Eintrittes der mora solvendi oder der Vereitelung der Solution nebst dem Solutionsorte als der neben Zeit und Ort der Lit. Cont. für die Aestimation maaßgebenden zeitlichen, wie örtlichen Momente, der Verbindlichkeit endlich des Debitor zur Restitution von omnis causa oder sonstigem Gewinne, wie zur Zahlung von usurae legales an den Kläger;

b. darin, daß der datio in solutum nach Gai. III, 168 allgemein und so auch bei strict. iur. negotia Wirksamkeit ipso iure beigemessen wird, im Widerspruche mit den Proculianern (unter I A c).

2. Dagegen innerhalb des Civilrechtes tritt das Festhalten an den altüberlieferten Ordnungen zu Tage

a. in der Abweisung der Relevanz der mora solvendi an sich

bei den stricti iur. negotia (§ 137), im Gegensatze zu der proculianischen Theorie (unter I B b aa); sowie

b. in der Uebertragung der alten Rechtsordnung des Conditionenrechtes auf legatum per damnat. und sinendi modo, wie auf Fideicommiß, wonach, im Gegensatze zur proculianischen Lehrmeinung (unter I B b bb), bei eingetretener Vereitelung der Solution der Debitor zwar dann, wenn ihn eine culpa in faciendo trifft, verhaftet bleibt, anderenfalls aber liberirt wird (A. 1654).

Und Momente, wie die unter 2 sind es, auf welche der Ausspruch Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. §47) sich stützt:

Ateius Capito in his quae ei tradita fuerant, perseverabat.

§ 144.

Fortsetzung.

Die Stellung der Principien in der Rechtspflege.

Die dem römischen Richter zufallenden Aufgaben, theils die für den Rechtsstreit maaßgebenden Rechtssätze an sich zu bestimmen und zu interpretiren, theils über die Wirklichkeit der von den Parteien behaupteten thatbeständlichen Verhältnisse zu erkennen, theils über die logische Subsumtion dieser Thatbestände unter jene Rechtssätze sich schlüssig zu machen, theils endlich eine Abschätzung des Streitobjectes vorzunehmen, war in jeder Beziehung in ältester Zeit dem Richter auf das Aeußerste erleichtert. Denn, was den ersten Punkt betrifft, so boten ebenso die XII Tafeln einen übersichtlichen und gemeinverständlichen Codex des geschriebenen Rechtes, wie auch das Gewohnheitsrecht und die bürgerliche Sitte, insoweit solche als Normen für den Streitfall mit eingriffen, Gemeingut des gesammten Volkes waren und eine unbestrittene, wie allgemeine Geltung behaupteten (§ 39 fg. 101 fg.). Sodann der Cognition über den klagbegründenden Thatbestand ward innerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehres durch die verbi ratio in hohem Maaße Einfachheit und Klarheit gesichert (§ 44), für die Beurtheilung von Schaden, wie Schadenersatz aber der höchst mögliche Grad objectiver Gewißheit hinsichtlich aller einschlagenden Fragen dem Richter gewährt (§ 105). Die richterliche Subsumtion solchen Thatbestandes unter den maaßgebenden Rechtssatz aber ward

äußerst vereinfacht durch die Methode der XII Tafeln, ihre Satzungen nur in Worte zu kleiden, welche Träger von absolut bestimmten Begriffen waren (§ 66). Und endlich die aestimatio bot keinerlei Schwierigkeit, da, insoweit nicht eine von dem Gesetze in Cardinalzahl ausgeworfene Ersatzsumme auszusprechen war, der Maaßstab des Schadenersatzes nicht in der utilitas des Klägers, als vielmehr in dem pretium rei gegeben, somit aber ebensowohl notorisch, wie mit größter Sicherheit in Anwendung zu bringen war (§ 104). So daher war das älteste Recht in Wirklichkeit so angelegt, daß es ohne erheblichere Schwierigkeit von dem gebildeteren Manne aus dem Volke als Geschworenem: als iudex, arbiter oder recuperator gehandhabt werden konnte, namentlich da die Kenntniß des Rechtes insoweit Gemeingut aller Gebildeten war (A. 1248), um auch ohne besondere Fachbildung zur Erfüllung des richterlichen Officium zu befähigen.

Alle jene Verhältnisse erfuhren jedoch von der zweiten Hälfte der ersten Periode ab sehr tiefgreifende Umgestaltungen, welche theils der Geschichte des ius gentium, wie der voluntatis ratio anheimfallen: in dem Ueberhandnehmen unsolenner Rechtsgeschäfte, wie in der Anerkennung der Willensbestimmung als des rechtsverbindlichen Elementes des Rechtsactes (§ 46), theils aber auch der damni ratio angehören. Und zwar ist es in der letzteren Beziehung zunächst jene jüngere, die Principien der aequitas vertretende Rechtsmasse und so namentlich das Recht der bonae fidei negotia, welches, aus ganz verschiedener Quelle seinen Stoff entlehnend (§ 110 fg.) und so der objectiven Gewißheit und Bestimmtheit des alten Gesetzes-, wie Gewohnheitsrechtes entbehrend, von Vorn herein dem Richter nicht mehr die frühere Sicherheit bezüglich der anzuwendenden Rechtsnorm darbot. Und dieser Uebelstand steigerte sich nun im Laufe der Zeit nicht allein durch die extensive Vergrößerung, wie durch die doctrinelle Detaillirung der betreffenden Rechtsmasse, durch deren Fundirung ferner auf theoretische Gesichtspunkte und systematische Verhältnisse, die schwieriger zu fassen und geistig zu beherrschen waren und so auch weit höhere Anforderungen an Denkkraft, wie Urtheil stellten, sondern auch durch die dogmatische Zurückleitung derselben auf allgemeine speculative Principsätze (§ 140). Denn einerseits erfordert das Operiren mit derartigen Sätzen Seitens des Richters eine

durchaus klare und sichere Reflexion und die strengste Folgemäßigkeit, wie solche nur durch die correcteste Handhabung der Gesetze der Logik gesichert werden kann, und anderntheils sind es gerade die aus jenen allgemeinen Principien und Tendenzen von der Theorie hergeleiteten Rechtssätze, welche innerhalb der Theorie selbst auf Widerspruch und abweichende Lehrmeinung stießen (§ 143) und so nun eine große Masse von ius dubium ergaben, das in scharfem Contraste von dem alten ius certum sich abhob[1760]). Dann wiederum enthielten diese jüngeren Rechtssätze eine Fülle von nur relativ bestimmten Begriffen, deren Handhabung Seitens des Richters viel unsicherer, wie schwieriger war[1761]). Und endlich trat nun auch an die Stelle des alten Maaßstabes vom pretium rei in den manichfachsten Beziehungen die utilitas ein und in deren Gefolge die großen Schwierigkeiten, welche ebenso die Handhabung dieses Maaßstabes an sich, wie die Cognition über den dadurch bedingten Schädenbeweis darboten[1762]). Dazu kommt

1760) Wegen des ius certum vgl. Cic. p. Caec. 4, 10. Pseudo Quint. Decl. 308: ius certum et a maioribus constitutum. So nun zerlegt Quint. J. O. XII, 3, 6. 7. das Recht in 1. ius certum, umfassend das ius a. quod scripto constat und b. quod moribus constat, und welches der cognitio, nicht der inventio anheimfällt; und in 2. ius dubium d. i. quod aequitatis regula examinandum est, welches umfaßt quae consultorum responsis explicantur und welches beruht a. in verborum interpretatione mit der Aufgabe vim cuiusque vocis intellegere, somit das aequum nach der voluntatis ratio, und b. in recti pravique discrimine d. h. auf der aequitas optimo cuique notissima, somit das aequum der damni ratio. Dann controversum ius: Quint. J. O. VII, 6, 1 und vetus, receptum, controversum, ambiguum, novum et constitutum ius: Gell. XII, 13, 3.

1761) Vgl. § 66. Dies heben z. B. hervor Qu. Muc. Scaev. bei Cic. de Off. III, 17, 70: summam vim esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur „Ex fide bona" fideique bonae nomen manare latissime —: in his magni esse iudicis statuere quid quemque cuique praestare oportere; Cels. d. J. bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 3): eum, qui moram fecerit in solvendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo; esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur.

1762) Vgl. § 105. Dies bekunden z. B. Venul. 8 Act. (D. XLVI, 5, 11): in eiusmodi stipulationibus, quae „Quanti res est" promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est quanti cuiusque intersit (vgl. § 142 unter V); Justin.

dann, daß die Klagformel an sich vielfach dem Richter einen äußerst freien Spielraum für sein Ermessen und eine wenig ausreichende Directive für sein Urtheil darbot, dieselbe vielmehr die präcisere Bestimmung ihrer juristischen Tragweite lediglich in der rechtswissenschaftlichen Theorie fand (vgl. z. B. A. 788. § 81. 142). Und Alles dies nun steigerte sich noch durch die bedenkliche Auffassung vom officium arbitri, der wir bereits bei Cic., wie bei Sen. (Beil. XX § II) begegnen, und welche nun geradezu gefährlich ward durch die Theorie der Rhetorik bezüglich der constitutio generalis oder iuridicialis und resp. definitiva (§ 122). Denn die hier gegebene Aufstellung des Gegensatzes zwischen ius und aequitas innerhalb des Rechtes wurde in der That äußerst gefährlich, so bald sie in die Praxis übertragen ward, weil sie hier als Versuchung an den Richter herantrat, zu Gunsten eines ihm plausibel erscheinenden Postulates der aequitas von dem gegebenen Rechte willkührlich abzugehen.

So daher war es unvermeidlich, daß unter jenen gegebenen Verhältnissen die Rechtspflege litt und dabei Uebelstände zu Tage traten, welche die Rechtssicherheit auf das Empfindlichste beeinträchtigten: auf der einen Seite war es in jeder der obigen vier Richtungen selbst für den gewissenhaften Richter vielfach schwierig, seiner Aufgabe in vollkommener Maaße zu genügen, während auf der anderen Seite die Gefahr eine große war, daß der Richter sich verleiten lasse, nach individuellem Billigkeitsgefühle oder subjectivem Meinen das Recht zu handhaben und zu beugen und insbesondere moralischen Momenten, wie überhaupt dem Rechte fremdartigen Gesichtspunkten einen bestimmenden Einfluß auf sein Urtheil einzuräumen. Und für den Anwalt wiederum bot Alles dies in Verbindung mit den in § 50. 61 entwickelten Momenten Gelegenheit, wie Versuchung zur verwirrenden Discussion und zu Erörterungen ebenso von berechtigter Feinheit, wie von berech-

---

im Cod. VII, 47, 1; quum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt; dann Paul. 5 ad Sab. (D. L, 17, 24): quatenus cuius intersit in facto, non in iure consistit; Lab. Pith. bei Pomp. 16 Ep. (D. L, 16, 246. § 1): „Restituit“ non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem condicionemque reddita causa praestet. Et tota restitutio iuris est interpretatio.

nender Spitzfindigkeit, zu dem Versuche endlich, statt mit juristischer Deduction zu überzeugen, durch emphatische Darstellung auf das Gefühl des Richters von Mitleid oder von Abscheu einzuwirken. Und solches Bild nun entrollen in der That die Systeme der Rhetorik, wie die declamationes dieser Periode. Denn so werden von Quint. J. O. die Sätze aufgestellt: XII, 1, 8: maximam partem orationis in tractatu aequi bonique consistere; 2, 3.: iustus (sc. erit), qui aequi bonique tractatum, qui leges, quaeque natura sunt omnibus datae (i. e. ius naturale) quaeque propriae populis (i. e. ius civile) et gentibus (i. e. ius gentium) constitutae, numquam eruditiore aliquo sermone tractarit? VI, 5, 5: consilium oratoris — in ipsis actionibus primum ac potissimum obtinet locum: nam quid dicendum, quid tacendum, quid differendum sit, exigere, consilii est; negare sit satis an defendere? — iure prius pugnandum an aequo[1763])?

Und daß nun dementsprechend auch die Vorträge der Anwälte gehalten wurden, bekunden ebensowohl

Quint. J. O. VII, 1, 63: plerumque — in fine causarum de aequitate tractabitur, quia nihil libentius iudices audiunt. Aliquando tamen hunc ordinem mutabit utilitas: ut, si in iure minus fiduciae erit, aequitate iudicem praeparamus;

wie auch die declamationes dieser Periode. Denn in der That ergeben die letzteren, wie unter der Bezeichnung aequitas vielfach rein moralische Momente in der Proceßdiscussion zur Geltung gebracht werden, so z. B. bei

Pseudo Quint. Decl. 309: haec circa ius, illa circa aequitatem;
336: summae partes sunt aequitatis;

und dann auch, wenn z. B. Latro den Fall, wo der seiner Frau zur Dankbarkeit verpflichtete Gatte von derselben wegen Unfruchtbarkeit sich schied, denselben nach der constitutio iuridicialis behandelnd, nach Sen. Contr. II, 13, 12 in der Weise disponirte:

1763) Die letztere Stelle kann allerdings auch nach § 61 gehören. — Sehr gut sagt Götz, de cond. doctr. I, 15: magnum — et Romano ingenio dignum, lites civium civis religioni committere: quanta inde salus, quanta pernicies prodire poterat; denn beides resultirte aus der gegebenen Ordnung der Dinge.

deinde ultima aequitatis tractatio: an quod fecit, facere debuerit. Hoc divisit in duo: an iam certam sterilitatem uxoris tam bonae ferre debuerit? an ne sterilis quidem pro certo sit? wozu vgl. § 14. 16;

oder wenn Passienus nach Sen. cit. § 17 den gleichen Fall mit der Bemerkung behandelt:

in aequitatis tractationem cadunt etiam, quae iuris sunt;

oder wenn wiederum Latro den Streitfall über die abdicatio filii, denselben ebenfalls der constitutio generalis unterstellend, nach Sen. cit. I, 1, 13 nach der nämlichen doppelten Frage disponirt:

divisit in ius et aequitatem: an abdicari possit, an debeat abdicari (vgl. A. 449).

Diesen Uebelständen, die so im Gefolge der Ausbildung des Rechtes in der Richtung der aequitas hervortraten, suchte man daher durch manichfache Mittel zu begegnen, die selbst nun zwiefältiger: theils institutioneller, theils doctrineller Beschaffenheit sind. Und zwar in ersterer Beziehung gehört dahin zunächst die Sitte, dem Geschworenen einen Beirath von Männern mit juristischer Fachbildung zur Seite zu stellen, welche ebenso demselben die Urthelsfindung erleichterten, als auch dessen Entscheidung gegen Mißdeutung sicher stellten[1764]; und dann auch wieder die vielverbreitete Praxis, dem Richter das eingeholte Responsum einer juristischen Autorität zu unterbreiten (so z. B. A. 450), ein Verfahren, welches durch die Einführung der Verleihung des ius respondendi durch August gesetzlich geregelt, wie sanctionirt wurde und welches nun, wenn auch lediglich in anorganischer Weise, der Freiheit der richterlichen Erkenntnisse gewisse Schranken setzte zu Gunsten der von den hervorragendsten Trägern der Rechtswissenschaft abgegebenen Gutachten[1765].

Dagegen wiederum die Theorie beschränkte vor Allem die Ungebundenheit des richterlichen Officium zuvörderst durch die

---

1764) Vgl. A. 1452 und Weiteres bei Keller, Civ. Pr. A. 106. Rein, Priv. Rt. 862 A. 3. Das Präjudiz dafür liegt in dem consilium des iudex domesticus: § 42.

1765) Den besten Einblick in diese Verhältnisse gewähren die so äußerst zahlreichen Responsen, welche in den Quellen überliefert sind und so insbesondere in den libri Respons. Alle jene Responsen aber gehen zurück auf Juristen, welche das ius respondendi besaßen.

Richtigkeitserklärung des das Recht unter dem Vorgeben der aequitas beugenden Urtheiles:

Modest. de Enucl. cas. (D. XLIX, 1, 19): si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet; et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest.

Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel sen. cons. vel constitutionem fuerit prolata, — — unde potest causa ab initio agitari;

sowie durch gewisse Rechtssätze, welche die Freiheit des richterlichen Ermessens beschränkten, so durch den Satz, daß bei a. emti als Evictionsklage das Maximum des quanti interest in dem Duplum des quanti res est gegeben (A. 829), im Allgemeinen aber bei dieser Modalität der Würderung des Schadens das durch das Affectionsinteresse des Geschädigten begründete pecuniäre Interesse nicht mit in Anschlag zu bringen sei (A. 817).

Sodann ertheilte sie dem Richter Fingerzeige, wie das aequum im concreten Falle zu erkennen oder zu bestimmen sei, so z. B.

Ulp. 25 ad Ed. (D. XI, 7, 14. § 6): aequum — accipitur ex dignitate eius, qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumtus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est; debet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur;

oder Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38): bonus iudex varie ex personis causisque constituet: finge etc.;

oder Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 2) u. a. m. (vgl. A. 1493). Und dazu treten endlich Ermahnungen an den Richter und Verweisungen auf seine Amtspflichten, so bei

Paul. 26 ad Ed. (D. L, 16, 37): verbum „Oportere" non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur;

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 2. § 8. fr. 4);

oder Syr. sent. nach Meyer in Sitzungsber. der phil. hist. Cl. der Münchener Akad. d. Wiss. 1872. S. 548: dissolvitur protinus lex, cum fuerit misericors iudex;

oder Ov. Trist. I, 1, 37: iudicis officium est, ut res, ita tempora
rerum quaerere;

sowie Handbücher für den Richter zur Instruction über seine Pflichten und Aufgaben unter dem Titel de Officio iudicis, eine Thatsache, worauf J. Just. IV, 17. wozu vgl. Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 2. § 8) hinweisen.

Dritte Periode.

Die historische Ausprägung der Principien von Constantin d. Gr. bis Justinian.

§ 145.

Die historische Stellung im Allgemeinen der Principien.

Die Rechtsentwickelung innerhalb der Sphäre vom Principe der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung ward während der vorhergehenden Periode beeinflußt von der Tendenz, eine Ausgleichung der in dem Rechte überlieferten principiellen, wie historischen Gegensätze herbeizuführen (§ 125). Diese Tendenz ward nun von der Legislation der gegenwärtigen Periode bis zu Justinian herab nicht weiter verfolgt und erst Justinian ist es, der in Uebereinstimmung mit den in § 62 fg. dargelegten Zielpunkten seiner Gesetzgebung auch nach der obigen Richtung hin jene älteren Ausgleichungs-Tendenzen wieder aufnimmt, obwohl dieselben lediglich in isolirten Punkten zur Ausführung bringend: theils bezüglich der Aequitätsklagen unter sich (§ 147), theils in dem Verhältnisse zwischen bon. fid. und stricti iur. a. (§ 146).

Insbesondere aber der rigor wird in seiner Sphäre zwar durch den Gang der Rechtsentwickelung im Allgemeinen manichfach beeinträchtigt, insofern eine größere Anzahl von Rechtsfiguren ihren Untergang erfuhr, welche bisher als Stützpunkte für die poenae temere litigantium gedient hatten; allein im Uebrigen behauptet sich derselbe während des gesammten gegenwärtigen Zeitraumes in Bestand. Und zwar zunächst das System jener poenae bleibt nicht allein in mehrfachen überlieferten Beziehungen in Geltung,

sondern es werden auch eigene derartige poenae in beträchtlicherer Anzahl von der Legislation dieser Periode ganz neu eingeführt, wenn auch nicht, wie von früher Regel, in besonderer Beziehung zu stricti iur. actiones, als vielmehr unabhängig von solcher überlieferten Qualification der Klage. Was dagegen den rigor in seiner negativen Haltung gegenüber den Sätzen der aequitas betrifft, so geht demselben zunächst die vindicatio in Form der leg. a. sacram., wie des agere per sponsionem in Folge des Unterganges beider Proceßformen gänzlich verloren, während wiederum die cond. trit. bereits im vorigen Zeitraume viel von den Eigenthümlichkeiten der bon. fid. a. in sich aufgenommen hatte, so daß nur eine geringere Zahl der alten Unterscheidungsmerkmale noch in Geltung sich behauptet hatte, diese aber nun während der gegenwärtigen Periode im großen Ganzen doch in Bestand verbleiben: die Unzulänglichkeit nämlich jener Klage, theils als a. de dolo, quod met. c., de reticentia oder als Klage wegen verschuldeter Vereitelung der Solution an dem legalen Leistungsorte, nicht minder als cond. ob caus., wie als Klage auf Herausgabe des von dem Debitor gemachten Zwischengewinnes oder auf Restitution der von demselben auf die res principalis aufgewendeten impensae necessariae zu dienen, theils, abgesehen von dem Compensationsanspruche, wo Justinian reformirend eingriff, die Defensionalmomente zur Geltendmachung ipso iure in sich aufzunehmen, indem vielmehr hierfür die exc. doli eintritt, auch diese jedoch mit Ausschluß der Verfolgung des Anspruches wegen impensae necessariae. Dahinwiederum die certi condictio behauptet auch in dem gegenwärtigen Zeitraume trotz des Wegfalles der poena sponsionis ihre alte Weseneigenthümlichkeit: ihre Unfähigkeit als Schäden- oder als Bereicherungs-Klage, wie als Organ der zweiseitigen Wahrung collidirender Parteiinteressen zu dienen, indem nur in letzter Beziehung die bereits von der vorigen Periode zugelassene Modificationen Platz greifen, daß die Geltendmachung nicht connexer Gegenansprüche, wie des Verbotes des ne bis idem exigatur ope exc. doli gestattet ist (§ 146). Im Uebrigen erfährt der rigor eine Erweiterung seiner Sphäre durch verschiedene neu geschaffene condictiones: so von Constant. im C. Th. III, 5, 2. 1 § fg. (319), dann von Grat. Val. et Th. das. VIII, 15, 6 (380), endlich von Justinian durch die a. pluspetitionis (A. 1767), durch die a. in

executores litis ob ultra quam iussum est exactum auf quadruplum in Just. IV, 6, 25, wozu vgl. edict. Theodorici 4, durch die Ersatzklage des obsiegenden Beklagten bei her. pet. wider den unterlegenen Kläger im Cod. III, 31, 12. § 1, wie durch die Klage der nicht befriedigten wider den befriedigten Nachlaßgläubiger auf Geltendmachung ihres Pfandrechtes im Cod. VI, 30, 22. § 6, endlich durch die Klage auf Errichtung der letztwillig auferlegten pia causa im Cod. I, 3, 46. § 6 (s. A. 1509).

Dagegen die aequitas erfährt eine nur höchst vereinzelte Erweiterung ihrer Sphäre: theils in der Vermehrung der bon. fid. actiones durch die a. emphyteuticaria Zeno's, wie durch die a. de dote Justinian's, theils in der Aufstellung der cond. ob iniustam caus. als einer neuen Unterart der cond. ob caus. durch Justinian. Und ebenso erfolgen rücksichtlich der manichfachen Functionen aller bezüglichen Klagen im Dienste der aequitas nur in isolirten Punkten vereinzelte Abänderungen der überlieferten Rechtssätze (§ 147).

Und wie sonach bezüglich der damni ratio das gegenwärtige Zeitalter auf den von der vorigen Periode eingenommenen Gesichtspunkten stehen bleibt und in der Hauptsache den überlieferten Rechtsstoff unverändert beibehält, so ist in noch höherem Maaße solches der Fall innerhalb der Principien der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition: auch hier wird die überlieferte Auffassung des principiellen Gegensatzes an sich, wie seiner Ausprägung im Rechte ohne irgend welche Modification beibehalten, und im Besonderen in der stricti iur. a. einerseits, wie in der bon. fid. und arbitraria a. andererseits der Stützpunkt der beiden Principien anerkannt, so z. B. in J. Just. IV, 6, 28. 30. 31 (vgl. A. 1773).

Die aequitas im Allgemeinen aber verliert jetzt die Eigenthümlichkeit, welche derselben früher eine so überaus hohe und hervorragende dogmatische, wie rechtsgeschichtliche Bedeutung verlieh: Trägerin einer geschlossenen Zahl von klar erkannten und bewußt verwendeten und so nun die Rechtsentwickelung unwandelbar bestimmenden Principien zu sein: es entschwindet derselben mehr und mehr die durch die Klarheit der leitenden centralen Gesichtspunkte bedingte präcise Bestimmtheit des Gedankens, wie scharfe Begränzung der Sphäre, vielmehr wandelt

dieselbe sich nunmehr um in eine Trägerin von vagen und verschwimmenden Ideen über die von der Legislation vertretenen Anschauungen des Billigen in Sachen des Rechtes (§ 148).

§ 146.

Die Ausprägung des rigor.

Die Stellung des rigor gegenüber dem Principe der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung beruhte von Alters her auf dem doppelten Momente: theils auf dessen negativem Verhalten gegenüber den bezüglichen Sätzen der aequitas, theils auf dem dafür eintretenden Systeme der temeritas litigii mit ihren mannichfachen poenae.

Was nun zuvörderst dieses letztere System betrifft, so erfährt gegenwärtig die Mehrzahl jener poenae, insoweit dieselben noch in Bestand sich behauptet hatten, namentlich aber alle diejenigen, welche den XII Tafeln entstammten, ihren Untergang. Denn so gelangen zunächst die poena sacramenti, wie sponsionis in Wegfall in Folge der Aufhebung der Klagformeln durch Constantius und Constans im Jahre 342 (A. 693), da hiervon zweifelsohne auch die leg. a. sacram. betroffen wurde. Und damit wurde zugleich auch die stipulatio pro praede litis, vindiciarum mit ihrer poena dupli von res sammt omnis causa beseitigt. Dahinwiederum die Haftung für fructus maiores bei form. petit., welche noch Valent. et Val. für den mal. fid. possessor verschärfen, wird beseitigt durch die von Justinian eingeführte cautio de re defendenda (A. 984). Sodann die iudicia iudicati und depensi contraria mit ihrer poena dupli verschwinden wohl zugleich mit jener Aufhebung der Klagformeln, sowie das letztere auch in Folge des Umstandes, daß die bezügliche a. directa selbst durch die a. mandati und neg. gest. verdrängt wird und untergeht. Ferner die a. auctoritatis und aus lex mancipii gehen unter mit der Mancipation selbst (A. 698), während die poena iniustae infitiationis bei a. legati per damnationem auf certum durch Justinian aufgehoben wird (A. 863). Endlich die poena iniustae litis contestationis bei cond. trit. hat bereits in der vorigen Periode ihren Character als poena völlig verloren (§ 141).

Dahingegen vollzieht sich durch die beiden Kaiser Zeno und Justinian eine Wiederbelebung jenes Systemes des rigor, indem die poena temeritatis zu mehrfachen neuen Verwendungen berufen wird: von Zeno für den Thatbestand der widerrechtlich verweigerten Restitution des Detentionsobjectes, wie der pluspetitio tempore, von Justinian für die sonstige pluspetitio, für die a. legati ad pias causas und die wahrheitswidrige Diffession von Beweisurkunden oder die wahrheitswidrige Vorschützung der exc. non numeratae pecuniae in der Darlehnsklage. Und diese neuen Fälle in Verbindung mit den älteren noch beibehaltenen Vorkommnissen ergeben nun fünf verschiedene Unterarten solcher poenae: zuerst die poena dupli wegen iniusta actio suscepta bei a. redhibitoria, depositi in turba etc. dati und legati ad pias causas (A. 861—863); sodann die poena dupli wegen iniusta infitiatio bei a. leg. Aquiliae (A. 871); ferner die verschiedenen Strafen des Verharrens beim ungerechten Processe bis zur iudicatio: bei a. quod met. c., a. adversus eum, qui hominem mortuum in locum purum alterius intulisse dicetur, a. vi bon. ademtor. adversus publicanos und im Falle der widerrechtlich verweigerten Restitution eines zurückzugebenden Detentions-Objectes (A. 875—877); nicht minder die poena dupli wegen widerrechtlicher Diffession von Beweisurkunden oder wegen widerrechtlicher Vorschützung der exc. non numeratae pecuniae in der Darlehnsklage (A. 878); endlich die poena pluspetitionis, welche zunächst für die pluspetitio tempore von Zeno in der Weise bestimmt ward, daß dieselbe die dem Schuldner annoch zukommende Zahlungsfrist verdoppelt, den Gläubiger aber zur Bezahlung aller verursachten Proceßkosten verpflichtet, bevor ihm die Wiederanstellung der Klage gestattet ist;[1766]) von Justinian dagegen für alle übrigen Fälle der pluspetitio auf Ersatz vom triplum des dadurch dem Gegner verursachten Schadens fixirt wird,[1767])

1766) Im C. Just. III, 10, 1. J. Just. IV, 13, 10. IV, 6, 33.

1767) Im Cod. III, 10, 2. § 2. Inst. IV, 6, 24. 33. — In Cod. III, 10, 1 ist von μεθοδεία des Klägers die Rede, was auf calumnia statt auf temeritas hinweisen würde, nicht dagegen in den übrigen Stellen von A. 1766. 1767. Sicher dagegen ist unrichtig, wenn Wieding a. O. 135. 400 dabei von Betrug redet. — Auf Grund der Beseitigung des causa cadere als Folge der plus petitio konnte nunmehr die Praxis sich bilden, eine Selbsttaxation des Klag-

während wiederum dann, wenn die Klage auf eine Schuldverschreibung gestützt ist, die auf eine höhere, als die wirklich empfangene Summe lautet, und der Kläger den so verbrieften

---

objectes vorzunehmen und so die incerti actio in eine certi condictio umzusetzen, wovon jedoch im justianischen Processe noch keine Spur sich findet, so daß solche Praxis erst dem postjustinianischen Rechte zu überweisen ist: Beil. XIX § I, eine Thatsache, welche ganz zweifellos sich ergiebt aus Theoph. bei Steph. in Bas. XXIII, 1, 9: μήτε ἀντὶ τῆς ἐν φακιένδο ἐπερωτήσεως μήτε ἀντὶ τῆς ἐξ ἔμπτο, ἣν ὁ ἀγοραστὴς δύναται κινεῖν, κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον. — 'Επὶ — τῶν κατὰ φύσιν ἰγκέρτων (sc. συναλλαγμάτων) οὐ — κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον· Neuerdings hat wiederum Kniep, Mora II, 502 fg. die sogen. certi cond. generalis vertheidigt und dabei derselben wenigstens ein theoretisch haltbares Fundament unterbreitet. Während nämlich die früheren Vertreter solcher Klage der Annahme Raum geben, der Kläger sei befugt gewesen vor Allem selbst und bereits in iure den dem Richter obliegenden Umsatz des quanti interest in baar Geld vorzunehmen, (trotzdem daß der Zeitpunkt, auf welchem die ziffermäßige Bestimmung jenes quanti interest sich fixirt, durch das Judicat selbst gegeben wird, somit aber zur Zeit der Lit. Cont. solche Bestimmung überhaupt noch gar nicht möglich ist), in Folge dessen aber dann den Proceß selbst völlig umzugestalten und die bon. fid. a. in eine certi cond. mit ihrer poena sponsionis umzuwandeln; so macht Kniep solche cond. davon abhängig, daß „zwischen den Parteien über die Höhe des geschuldeten Betrages Einverständniß erzielt worden sei", somit also: daß eine confessio in iure über die Höhe des eventuellen Schuldbetrages verbunden mit einer infitiatio über die Schuldverbindlichkeit: über das dare oportere an sich vorliege. In dieser ganz speciellen Beziehung könnte man sich nun zwar jene cond. an sich ganz wohl gefallen lassen, um so mehr als nachweisbar der Prätor unter gewissen Voraussetzungen dahin wirkte, „den Beklagten zur Anerkennung einer bestimmten Aestimatio zu drängen": Keller, Civ. Pr. A. 726. Allein nicht nur, daß diesfalls jene certi cond. generalis zu einer systematisch ganz untergeordneten Bedeutung herabsinkt, so tritt jener Annahme Kniep's das Bedenken entgegen, daß die Quellen weder in der Lehre von der confessio in iure, noch von der bon. fid. a., noch von der certi cond. von solchem Sachverhalt etwas wissen, daß sodann der Beklagte doch mehr als thöricht gewesen wäre, durch solche halbe confessio sich der Gefahr einer Proceßstrafe von 33⅓% zu unterwerfen, und daß endlich Theoph. cit. in directem Widerspruche steht. Im Uebrigen noch eine Entgegnung wider Kniep: derselbe bemerkt II, 530 bezüglich der von mir benutzten Nov. Th. I, 1, 1. es sei ihm nicht recht klar, was diese Stelle eigentlich dort solle; allein da exigere „einklagen" bezeichnet, so ist es, wie mir scheint, gerade nicht schwer, darüber sich klar zu werden, was jene Stelle dort solle.

Betrag einfordert, damit der Verlust der gesammten Forderung verknüpft wird.[1768])

Sodann wird aber auch jene in den poenae temere litigantium ausgeprägte Methode des rigor in einer noch ganz anderen Beziehung von der gegenwärtigen Periode zur Verwendung gebracht, in Bezug auf die Säumniß nämlich bei Erfüllung obliegender Rechtsverbindlichkeiten. Und zwar ist die diesfallsige Ordnung einerseits durchaus wesentlich verschieden von der mora solvendi und zwar theils in Bezug auf den subjectiven Thatbestand einer Verschuldung, welcher hier zwar, nicht aber dort erfordert wird; theils in Bezug auf den objectiven Thatbestand, der hier namentlich auf Nichtleistung an dem rechtsgeschäftlich gesetzten Solutionstermine oder auf Interpellation Seitens des Gläubigers, dort aber lediglich auf den Ablauf einer Leistungsfrist gestellt ist; theils ferner in Bezug auf die juristische Relevanz des Verzuges, die hier von einer vom Gläubiger erlittenen Vermögensschädigung bedingt, dort aber von solcher unabhängig ist; theils endlich bezüglich der Rechtswirkungen, die hier theilweis ganz andere, als dort sind. Und andrerseits ist jene Rechtsordnung auch wieder verschieden von der temeritas litigii, indem sie nicht gleich dieser an ein Civilproceßdelict, sondern an das civilrechtliche Verhalten der Säumniß in Erfüllung obligatorischer Verbindlichkeiten anknüpft. Wohl aber stimmt sie mit der letzteren darin überein, daß bei beiden die Rechtsfolgen an einen rein objectiven Thatbestand eines schadenfähigen Verhaltens, dabei aber nicht an die Voraussetzung einer vom Berechtigten in concreto erlittenen Vermögensschädigung angeknüpft sind, dem entsprechend daher die mit solchem Verhalten verknüpfte Vermögensleistung pönalen Characters ist, obwohl zugleich das reipersecutorische Element eines eventuellen Schadenersatzes mit umfassend, der ziffermäßige Betrag aber solcher poena nicht nach dem concreten Maaßstabe des quanti interest, vielmehr nach dem Maaßstabe des quanti res est ausgeworfen ist und zwar bald in usurae legales, bald in der omnis causa besteht (vgl. § 75). Die Ausgänge selbst aber solcher Ordnung reichen zurück bis in die vorige Periode, wo

1768) Im Cod. III, 10, 3. Hier wird dolus et machinatio bei Ausstellung der Urkunde, nicht aber bei der Klagerhebung erfordert.

dieselben auftreten bezüglich der Säumniß in Erfüllung ebenso der res iudicata, wie der gegen den Fiscus obliegenden Schuldverbindlichkeiten; und von hier aus werden nun dieselben in der gegenwärtigen Periode weiter durchgebildet und theils als ius generale gesetzt: bezüglich der Säumniß in Erfüllung der res iudicata, theils als ius speciale: als privilegia fisci, ecclesiae und piarum causarum, wie dotis.[1769])

Zunächst aber die Repression der Säumniß bei res iudicata geht aus von dem in A. 1177 erwähnten Rescripte des Antoninus Phil., wonach, wie Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. pr. vgl. § 1) bezeugt, derjenige Fiduciarerbe, welcher mit Restitution des Universalfideicommisses auch nach seiner bezüglichen Verurtheilung über das legitimum tempus (A. 731) hinaus sich säumig erweist, pönaler Weise rückwärts: vom Tage der Fälligkeit des Fideicommisses bis zum Tage des Judicates dem Fideicommissar die omnis causa zu restituiren hat. Daran schließt sich sodann der jüngere, aber bereits von Carac. im C. Just. VII, 54, 1 anerkannte Rechtssatz, daß die Säumniß des fiscalischen Schuldners in Erfüllung der res iudicata über das legitimum tempus hinaus von da ab zur Zahlung von 12 % verpflichte, sowie der von Sev. Alex. im C. Just. IV, 32, 13 bekundete Rechtssatz, daß auch Privatgläubiger unter gleicher Voraussetzung solche usurae zu beanspruchen haben. In der gegenwärtigen Periode nun erfolgt zuerst eine Constitution von Grat. Val. et Th., welche, im C. Th. IV, 19, 1. pr. (380) erwähnt, verloren gegangen ist und die dem Schuldner, der über das legitimum tempus von zwei Monaten hinaus mit der Zahlung des Condemnates säumt, dessen pönale Erhöhung um 50 % auferlegt, worauf dann im C. Th. cit. wozu vgl. Justinian. im Cod. VII, 54, 2, unter gleicher Voraussetzung der Schuldner auch noch zur Zahlung von Zinsen zu 24 % vom Tage des Judicates ab verpflichtet wird.[1770])

1769) Dahingegen gehören nicht hierher die Zinsprivilegien, wo der Grund der Zinsverbindlichkeit gar nicht in einer Säumniß des Mitinteressenten belegen ist, so der Minderjährigen: A. 1177.

1770) In dieser Auffassung folge ich Gothofr.; die entgegenstehende Auffassung von Hänel in h. l.: der Debitor hat sofort nach Ablauf der zwei Monate 50% des Condemnates und von den Anderen 50% Zinsen zu 24%

Sodann Justinian in einer verloren gegangenen, aber im Cod. VII, 54, 2 bekundeten Constitution setzt jene usurae zuerst auf 6 % herab, und erhöht dann endlich in c. 2 (529). 3 (531) unter Verlängerung des tempus legitimum auf 4 Monat, jene Zinsen wiederum auf 12 %, dieselben jedoch von dem geschuldeten Capitale allein mit Ausschluß der restirenden Zinsen zusprechend.

Als ius speciale aber begegnen wir der obigen Ordnung zunächst in dem von der vorigen Periode überlieferten und gegenwärtig nun beibehaltenen Vorrechte des Fiscus, bei Säumniß des Schuldners Zinsen zu 6 % zu beanspruchen;[1771]) sodann als Privileg der frommen oder milden Stiftungen bei Justinian. im Cod. I, 3, 46. § 4. 5 und Nov. 131 c. 12, demgemäß derjenige, dem durch Testament die Errichtung solcher Stiftung auferlegt ist und der sich einer Säumniß schuldig macht, die omnis causa oder resp. Zinsen von der dazu angewiesenen Vermögenssubstanz vom Tode des Erblassers ab zu leisten verpflichtet ist; sowie endlich als privilegium dotis bei Justinian im Cod. V, 13, 1. § 7, daß der Ehemann, dafern er Dotalgrundstücke nicht sofort und die übrigen Objecte nicht binnen einem Jahre nach Auflösung der Ehe restituirt, von da ab 4 % Zinsen vom Schätzungswerthe und sonstigen Gewinn aus der Dos dem Berechtigten zu prästiren hat, sowie im Cod. V, 12, 31. § 2, daß der extraneus promissor der Dos, dafern er solche zwei Jahre nach Abschluß der Ehe dem Gatten noch nicht geleistet hat, von da ab ebenfalls 4 % Zinsen von dem promittirten Capitale oder der Schätzungssumme der dos aestimata zu zahlen hat, bei dos non aestimata aber die

---

zu zahlen, stößt auf gewisse für mich unüberwindliche proceßrechtliche Bedenken: sofort nach Ablauf der zwei Monate ist das Executionsverfahren zulässig; soll nun die Execution nicht auf das ganze Condemnat, sondern nur auf 50 % statthaft sein, so müßte doch für die andere Hälfte eine Frist gesetzt sein; oder soll überhaupt jene Verordnung die Execution ganz unberücksichtigt lassen? Vielmehr bestimmt doch dieselbe den Betrag, der im Nothfalle executivisch einzuziehen ist. Im Uebrigen vgl. A. 984.

1771) Ulp. 63 ad Ed. (D. XLIX, 14, 6. pr.); Paul. 1 de Usur. (D. XXII, 1, 17. § 5. 6), 1 Decr. (D. cit. 16. § 1); Car. im C. Just. X, 8, 1. Alex. das. VII, 73, 5. Hermog. 5 Epit. (D. XXXIX, 4, 10. § 1); Justinian. im Cod. X, 8, 3. vgl. Modest. 18 Resp. (D. XXII, 1, 43), sowie Mommsen, Beitr. III, 127 fg.

Folgewirkungen der Lit. Cont. (§ 139 unter B) eintreten sollen.[1772])

Was sodann den rigor in seiner negativen Haltung gegenüber den Sätzen der aequitas anbetrifft, so behaupten die condictiones unverändert ihre überlieferte Weseneigenthümlichkeit, ungeeignet zu sein zur Uebernahme der der bon. fid. a. zufallenden Nebenfunction, als Schäden- oder als Bereicherungsklage oder als Organ der zweiseitigen Wahrung collidirender Parteiinteressen zu dienen, eine Ordnung, die bezüglich der certi cond. nur ganz vereinzelt: bezüglich der ope exc. doli zu beschehenden Geltendmachung von nicht connexen Gegenansprüchen, wie vom Verbote ne bis idem exigatur, bezüglich der trit. cond. dagegen überdem noch weitere Ausnahmen erlitt, da diese als Schädenklage wegen mora solvendi, wegen verschuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte und wegen doloser Verweigerung der stipulatio simplae vel duplae bei entgeltlichem Veräußerungsgeschäfte dient, wozu allenthalben noch die subsidiäre Zulassung des iusiur. in litem tritt (§ 132. 136). Nur darin greift Justinian im Cod. IV, 31, 14, wozu vgl. Inst. IV, 6, 30 reformirend ein, daß er bezüglich der Einrede der Compensation allgemein die defensio ipso iure zuläßt, sowie auch wohl die cond. trit. mit der bon. fid. a. bezüglich der mora accipiendi gleichstellt, so daß nun die letztere empfänglich wird zur Aufnahme der hierauf gestützten Defensionalmomente (A. 1688). Endlich die incerti condictio aus der Stipulation geht nunmehr gänzlich unter, verdrängt durch die a. ex stipulatu in Folge der Praxis, der incerta stipulatio stets die doli clausula zu inseriren (Beil. XXI A. 20).

Im Uebrigen aber beseitigte der Wegfall der Proceßformel die processualischen Unterschiede zwischen der stricti iur. und bon. fid. a.[1773])

1772) Vgl. Mommsen, Beitr. III, 128 fg.

1773) Nicht aber ein Mehreres: Zachariä von Lingenthal, Gesch. des griech.-röm. Priv. Rts. § 67.

§ 147.

Die Ausprägung der aequitas.

Weit geringfügiger, als in der Sphäre des rigor, sind die Veränderungen und Bewegungen, welche innerhalb der aequitas sich vollziehen: indem hier die gegenwärtige Periode ein völlig ausgebildetes, wie durchgearbeitetes System vorfand, das in keinem Punkte das Bedürfniß des Lebensverkehres nach zusagendem Schutze unerfüllt ließ, und welches mit seinen reichen Details die legislatorische Aufgabe völlig erschöpfte; indem sodann gegenüber den mannichfachen Controversen der Schulen in allen irgend wichtigeren Punkten die spätere Rechtstheorie eine maaßgebende Entscheidung herbeigeführt und damit die Sicherheit in Handhabung des Rechtes wieder hergestellt hatte; so verblieb an und für sich für die Legislation dieser Zeiten nur die dreifältige Aufgabe, theils gewisse Rechtsordnungen zu reformiren, die, ohne inneren speculativen Eigenwerth, auf rein historischem Grunde beruhten als Ausflüsse von Prämissen, welche die Rechtsanschauung vergangener Zeiten bestimmt hatten, wie z. B. der Satz, daß das durch vis oder dolus malus Vereinbarte an sich rechtsgültig und lediglich rescissibel sei; theils sodann den neuen Anforderungen der Zeiten Rechnung zu tragen, welche aus dem eingetretenen Wandel von Anschauungen und Sitten, wie Verkehrsgestaltungen sich ergaben; theils endlich die noch nicht geschlichteten Controversen zu beseitigen. Allein die Legislation dieser Zeiten entbehrte zu sehr der hierfür erforderlichen Originalität und Selbstständigkeit der Anschauung, wie Reflexion, als daß in der zweiten Beziehung umfassendere Reformen eingegriffen hätten, während wiederum in der ersten, wie letzten Beziehung die überlieferten Ordnungen, wie Verhältnisse in Bestand sich behaupteten. Lediglich vereinzelt greift die Legislation bei controversen Punkten ein, so wenn Zeno, wie nachstehend zu erwähnen, die Zweifel über die Natur des contractus emphyteuticarius entschied, oder Justinian in Inst. III, 25, 9 die historisch inconsequente, aber den Lebensverhältnissen nur zusagende Ansicht des Gai. (A. 1737) adoptirt, daß der socius bloß für culpa in concreto hafte. Ebenso werden auch wieder die thatbeständlichen Voraussetzungen überlieferter Klagen den bezüglichen neueren gesetzlichen Bestimmungen über solchen

Thatbestand accommodirt, so von Justinian in Inst. II, 8, 2, wozu vgl. Cod. V, 37, 25 bezüglich der a. utilis wider den Pupillen auf quanto locupletior factus est.

Nicht minder hat die Legislation die Zahl der Aequitätsklagen um etwas vermehrt, und so namentlich, indem einige Klagen den bon. fid. actiones neu eingeordnet werden. Dies aber geschieht zuerst von Zeno im C. Just. IV, 66, 1. wozu vgl. J. Just. III, 24, 3 bezüglich der von demselben neu individualisirten a. emphyteuticaria, womit zugleich die Regelung bezüglich der Frage wegen Tragung des periculum und zwar theilweis in einer von der normalen Ordnung etwas abweichenden Modalität erfolgte (§ 89 unter 2 e) und wozu dann Justinian in Nov. 120 c. 8, wozu vgl. Nov. 7 c. 3. § 2 und Cod. IV, 66, 3 noch den anomalen Rechtssatz fügt, daß dem Emphyteuta ein Anspruch auf Ersatz der verwendeten impensae utiles zustehe, dafür eine eigene Klage: die ἀγωγὴ περὶ ἐμπονημάτων gebend. Sodann erklärte Justinian ebenso im Cod. V, 13, 1. § 2. Jnst. IV, 6, 29 die neu organisirte a. de dote, als auch im Cod. III, 31, 12. § 3 Jnst. IV, 6, 28 die hered. petit. für bon. fid. actiones. Dahingegen beschah in dieser Periode nichts für die einer Nachhülfe recht wohl bedürftigen Innominatcontracte, um außer bei contractus aestimatorius und permutatio auch bei deren übrigen Figuren den juristischen Gehalt der den Contrahenten obliegenden Befugnisse und Verbindlichkeiten schärfer zu präcisiren. Sodann ward von Zeno im C. Just. VI, 34, 4 demjenigen, welchen Jemand in seinem Testamente zu honoriren beabsichtigte, eine Klage auf Schadenersatz wider denjenigen gegeben, welcher durch vis oder dolus malus den Testator davon abhielt (vgl. S. 380), während wiederum unterhalb der cond. ob caus. einige neue Species derselben sich ausbildeten: einestheils in der von Justinian geschaffenen cond. ob iniustam causam, welche auf dem Thatbestand beruht, daß das Vitium der maaßgebenden causa in einem Widerstreite derselben mit einer lex perfecta oder plus quam perfecta besteht[1774]), und anderntheils in der vom Ausgange der vorhergehenden Periode ab aus der alten cond. obligationis sich entwickelnden, von Caracalla geschaffenen cond. cautionis, deren Wesenseigenthümlichkeit darin besteht, daß sie auf Grund des Nicht-

---

1774) Voigt, Cond. ob caus. § 45. 71. 72.

empfanges der in einer Darlehns=Schuldverschreibung verbrieften Valuta dem Schuldner wider den Gläubiger gegeben wird, und welche nun eine zwar der querela non numeratae pecuniae parallele Structur, im Uebrigen aber eine vollständige Singularität für das römische Recht ergiebt, insofern dieselbe nicht, wie jede andere Klage der Aufgabe dient, eine gegebene civilrechtliche Ordnung zu Gunsten des Berechtigten gegenüber dem widerstrebenden Verpflichteten auf processualischem Wege zur gerichtlichen Anerkennung und Durchführung zu bringen oder im Besonderen gleich der cond. obligationis die Rescission einer bestehenden Obligation herbeizuführen, als vielmehr auf den rein proceßrechtlichen Effect abzielt, die processualische Beweiskraft solcher Urkunde zu zerstören, dementsprechend nun auch jene cond. an die gleichen Fristen gebunden ist, wie die querela non numeratae pecuniae: seit Carac. von einem annus utilis, seit Diocl. von einem quinquennium continuum, seit Justinian. von einem biennium[1775]).

Und dieser cond. cautionis parallel entwickelt sich wiederum vom Jahre 215 abwärts die querela non numeratae pecuniae, welche ein zwiefältiges Rechtsmittel umfaßt: theils eine exc., theils eine Protestation (contestatio). Und zwar jene neue exc. non numeratae pecuniae geht hervor aus der gleichnamigen älteren, mit der exc. doli mali concurrirenden Exception (A. 1614) und wird geschaffen durch die Constitution Caracalla's im C. Just. IV, 30, 3 (III kal. Jul. 215), wodurch mit derselben der Effect verknüpft wird, dem Inhaber der betreffenden Darlehns=Schuldverschreibung bei dereinstiger Anstellung der Klage den Beweis der beschehenen Zahlung der Valuta durch andere Beweismittel aufzuerlegen, und welche somit, gleich der cond. cautionis, den rein proceßrechtlichen Effect hat, die processualische Beweiskraft

---

1775) Voigt, a. O. § 48. Auf diese cond. beziehen sich Alex. im C. Just. IV, 30, 7. Gord. das. II, 6, 3. Diocl. das. IV, 9, 4. Der querela non numer. pec. unterfällt diese cond. sicher nicht, wie Alex. und Gord. mit Bestimmtheit ergeben; anderer Ansicht ist Arndts, Pand. § 281. Daneben blieb die alte cond. obligationis in Bestand, wenn auch unter der modificirten Auffassung, daß bei Vorhandensein eines Schuldscheines die Rückgabe desselben, gleich als Repräsentanten des Forderungsrechtes das nächste Ziel der Klage ergebe, so bei Diocl. im C. Just. IV, 5, 3. 4. IV, 9, 2. VIII, 43, 25. Justin. das. III, 43, 1. VIII, 54, 36. pr. § 2.

solcher Urkunde zu zerstören, dem entsprechend nun auch die exc. doli aus dem Concurrenzverhältnisse heraustritt, da vielmehr solche Tendenz und solcher Effect jener ersteren exc. allein zukommen.[1776]) Dahingegen diese Protestation, gegen die Verzögerung der Auszahlung der Valuta sich richtend, hat den Effect, jene exc. non num. pec. zu perpetuiren.[1777]) Beiderlei Rechtsmittel aber sind von Caracalla an die Frist von einem annus utilis gebunden worden, wofür dann von Diocl. ein quinquennium continuum, von Justin. ein biennium gesetzt ward,[1778]) und jenes zwar in der Modalität, daß nach Ablauf solcher Frist die Schuldurkunde praesumtio iuris et de iure für den Empfang der Valuta ergiebt, der Gegenbeweis dawider somit unbedingt ausgeschlossen ist.[1779]) Dahinwiederum die wahrheitswidrige Vorschützung jener exc. unterfällt der in § 146 besprochenen poena dupli. Endlich wird von Justinian im Cod. V, 15, 3. Nov. 100 jene querela non num. pec. auch wider dasjenige Empfangsbekenntniß der numeratio dotis gegeben, welches vor Vollziehung von solcher ausgestellt worden ist, obwohl mit mehrfachen Besonderheiten bezüglich der Fristen.[1780])

Endlich eine eigenthümliche Weiterentwickelung des iusiur. in litem enthält die Constitution von Zeno im C. Just. VIII, 4, 9,

---

1776) Alex. im C. Just. IV, 30, 5. 7. Vgl. im Allgemeinen hierüber Voigt, a. O. A. 301. — Bei Diocl. im C. Just. IV, 30, 9. und in Inst. Just. IV, 13, 2. stehen Stipulationsurkunden in Frage: § 56.

1777) Alex. im C. Just. IV, 30, 8. Diocl. das. c. 9. IV, 9, 4. Anders Danz, R. G. § 151 unter g 1.

1778) Car. im C. Just. IV, 30, 4. vgl. Alex. das. c. 8. — Diocl. im C. Herm. I, 1. — Justin. im Cod. IV, 30, 14. pr.

1779) Alex. im C. Just. IV, 30, 8: sin vero legitimum tempus excessit in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo heres eius, et si pupillus sit, debitum solvere compellitur; Hon. Th. et Const. im C. Th. II, 27, 1. § 4. vgl. Justin. in Nov. 100. c. 1. § 1. Schilling, Inst. § 286 q. Anders Arndts, a. O. § 281. Justinian in Inst. III, 21 hat hierauf die Figur einer neuen litterarum obligatio gestützt, allein ganz confuser Weise, denn dann wäre ja consequenter Maaßen eine solche litter. obl. überall da gegeben, wo der Beklagte an dem Gegenbeweise gegen eine auf Urkunden gestützte Klage sich versäumte. Ueberdem begründet ja nicht die Ausstellung der Urkunde, sondern erst der Ablauf eines biennium vom Tage jener Ausstellung solche sogen. litter. oblig.; vgl. Danz, a. O. § 151 unter g 2.

1780) Vgl. Schilling, a. O. § 286 unter 3.

wonach demjenigen, welcher eine Klage wegen erlittener vis anstellt, sei dies a. quod met. c., interd. unde vi, a. vi bon. rapt. oder dergleichen, den dabei durch Raub oder Besitzentsetzung oder Sachbeschädigung erlittenen Vermögensschaden in Ermangelung anderer Beweismittel durch iusiur. in litem, obwohl cum taxatione, somit unter richterlicher Festsetzung des Maximalbetrages (A. 838) zu erbringen gestattet ist.

§ 148.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

Indem mit der gegenwärtigen Periode die besten Köpfe dieser Zeiten ihr Wirken und ihre Bestrebungen den Religionsdogmen zuwenden und inmitten der tobenden Gegensätze von Heidenthum und Christenthum, von Häresie und Orthodoxie, inmitten des lauten und gewaltthätigen Gezänkes der Sectirerei ihre Kräfte erschöpfen; indem so daher an die Stelle der hoch begabten Vertreter der Rechtswissenschaft, welche in der ersten und zweiten Periode jenen eminenten Aufschwung des Rechtes herbeiführten, Männer der geschäftsmäßigen Praxis und der reinen Routine treten und damit die wissenschaftliche Cultur des Rechtes, wie der befruchtende und erleuchtende Einfluß der Theorie auf die Rechtsentwickelung gänzlich verloren geht; so treten damit nun jene in Thl. I § 99 dargelegten Erscheinungen zu Tage: „Die aequitas fällt im Wesentlichen der kaiserlichen Rechtsbildung allein anheim und verliert somit ihren ursprünglichen Boden in der Volksanschauung, indem einestheils die Rechtsbildung dem unmittelbaren Einflusse der vulgären Rechtsideen sich entzieht und im Gefühle ihrer autokratischen Herrlichkeit in sich selbst den alleinigen Quell vollendeter Weisheit und Rechtswahrheit sucht, anderntheils aber auch der entnervten Nation überhaupt die Fähigkeit zur Production ureigener Rechtsidee gemangelt haben mag."

So nun reproducirt in Bezug auf die hier maaßgebenden Principien die kaiserliche Legislation die Anschauungen der vorigen Periode, sei es in rein rückblickender Erwähnung des historisch Gegebenen und Abgeschlossenen, sei es als einer die Rechtsbildung dieser Zeiten noch bestimmenden und leitenden

Idee. Und in dieser Modalität nun treten ebensowohl der Principsatz an sich des nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, wie auch dessen Untersätze in den Digesten und Institutionen Justinian's noch hervor. Eine selbstständigere Verwendung dagegen erfährt nur der Grundsatz des commodum eius esse debet, cuius periculum est (§ 89 unter III), der namentlich von Justinian mit einer gewissen Vorliebe verwendet wird,[1781]) so im Cod. VI, 51, 1. § 4:

Non est ferendus is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit;

oder im Cod. V, 13, 1. § 9:

Aestimatarum — rerum (sc. dotalium) maritus quasi emtor et commodum sentiat et dispendium subeat et periculum expectet.

An dem Rechtsstoffe selbst aber, welcher der Sphäre jenes Principes anheimfällt, prägen die entsprechenden Erscheinungen sich aus: jenem weiten und reichen Gebiete der Aequitätsklagen, dem bisher eine so emsige, wie eindringende, eine so tiefsinnige und einsichtsvolle Cultur zu Theil geworden war, wird fortan alle schaffende Thätigkeit entzogen: es gebricht an der Arbeitskraft, die da berufen wäre, das fruchtbare Feld auch ferner noch zu bestellen. So daher wirthschaftet die gegenwärtige Zeit durchaus nur mit dem ererbten Fonds an Ideen, ohne neue, selbsteigene Gesichtspunkte oder originale Anschauungen zu gewinnen, höchstens den überlieferten Gedanken in vereinzelter neuer Verwendung verwerthend. Ja, wie sehr selbst das tiefere Verständniß und die eindringende geistige Herrschaft über den überlieferten Rechtsstoff mangelte, davon giebt beredtes Zeugniß die Stellung, welche die kaiserliche Legislation den wichtigsten Gruppen der Aequitätsklagen gegenüber einnahm, und zwar zunächst in der von Justinian im Cod. III, 31, 12. § 3 (Kal. Sept. 530) erlassenen Verordnung: hereditatis petitio omnimodo bonae fidei iudiciis connumeretur. Denn fragt man nach dem praktischen Effecte solcher Vorschrift, so fehlt derselbe vollständigst in der Richtung der von jener Klage vertretenen Aggressive: es wird die hered. petitio durch jene Gleichstellung nicht einer einzigen der von der

1781) Vgl. auch Augustin. Serm. VIII, 8: ubi lucrum, ibi damnum.

bon. fid. a. vertretenen Functionen neu theilhaft, welche bis dahin der form. petit. noch nicht zukam, und weder fungirt dieselbe etwa fortan als a. de dolo, noch auch als a. contraria wegen aufgewendeter Impensen. Und wiederum in der Defensive ist bereits von früher her die form. petit. in dem gleichen Umfange, wie die bon. fid. a. Organ der zweiseitigen Berücksichtigung und Wahrung der collidirenden beiderseitigen Partei-Interessen, während die hierin obwaltende processualische Differenz der defensio ipso iure bei der bon. fid. a. und der defensio ope exc. doli bei der form. petit. bezüglich der hered. petit. insbesondere bereits von der vorigen Periode in den wichtigsten Punkten ausgeglichen worden war (§ 132), und dann durch Justinian's Vorschrift im Cod. IV, 31, 14 (kal. Nov. 530), daß die Compensation bei allen Klagen ipso iure zur Geltung komme, auch in seinen letzten Rudimenten beseitigt wurde. Und endlich wiederum in der Sphäre des Principes der arbiträren richterlichen Cognition ist ebenfalls bereits von früher her innerhalb der durch das Civilrecht dem Richter überwiesenen Aufgabe in der gleichen Maaße bei der form. petit., wie bei der bon. fid. a. der Entscheid auf das arbitrium des Richters gestellt.[1782]) Gegenüber solcher practischen Bedeutungslosigkeit jener Vorschrift aber erklärt sich die letztere selbst in der That nur aus einer unklaren und ungenügenden Einsicht in den historisch überlieferten Artunterschied jener beiden Aequitätsklagen. Und sodann wiederum bezüglich der cond. ob caus., wo in Folge des verhältnißmäßig jungen Alters solcher Klage in der That gewisse Mängel oder Uebelstände obwalteten, deren Beseitigung der Theorie, wie Legislation eine naheliegende Veranlassung zum Eingreifen darbot; wo insbesondere hinsichtlich der dogmatischen Bestimmung der mehreren Unterarten ganz verschiedene Systeme überliefert waren, und wo sodann selbst eine allseitig ausgebildete und durchgeführte feste Terminologie zur Individualisirung jener Unterarten noch fehlte; bezüglich dieser Klagen nun begnügt sich die gegenwärtige Periode, abgesehen von Justinian's neuer Artbestimmung einer cond. ob ini. caus., durchaus mit dem von früher ihr überlieferten Lehrstoffe: „während einerseits eine Fortbildung früherer Systeme oder ein Fort-

---

1782) Vgl. z. B. Gai. IV, 114 und dazu dann § 139 unter A und B.

schreiten in Ausbildung der Terminologie nirgends wahrnehmbar wird, so vermögen wir andrerseits auch durchaus keine wesentliche Erweiterung der thatbeständlichen Sphäre jener Condictionen zu erblicken, vielmehr sehen wir allenthalben nur die überlieferten Theorieen und zwar mitunter in der unbeholfensten Weise angewendet." [1783])

Im Uebrigen aber lag die Beseitigung der principiellen Verschiedenheiten zwischen den Rechtsgebilden des rigor und der aequitas nicht entfernt in dem Sinne dieser Zeiten: dieselbe ward weder von der Legislation angestrebt, noch von dem Bedürfnisse des Verkehres erfordert. [1784])

Was endlich die in § 144 dargelegten Mängel der Rechtspflege anbetrifft, so wurden diese zum einen Theile beseitigt durch die Einführung der iudices pedanei: der rechtsgelehrte Richter trat damit an die Stelle des Geschworenen, in höherer Maaße als dieser befähigt, den Aufgaben des richterlichen Officium zu genügen, während wiederum an Stelle der wegfallenden responsa ICtorum die kaiserlichen Rescripte eintreten. Allein die rein sachlichen und objectiven Schwierigkeiten in der Handhabung des Rechtes blieben die gleichen, wie früher, ja steigerten sich sogar dadurch, daß einestheils der gegenwärtigen Periode, wie dargelegt, mehr und mehr die tiefere Einsicht und die volle geistige Beherrschung des Rechtes verloren ging, und andererseits wiederum das letztere selbst eine überaus weitschichtige, diffuse, schwer zu beherrschende Masse darbot, welche mannichfache Unebenmäßigkeiten, wie Widersprüche in sich barg, namentlich aber in der

1783) Voigt, Cond. ob caus. § 45.

1784) Nichts kann unrichtiger sein, als der in unserer modernen Wissenschaft vertretene Satz, daß heutigen Tages alle Klagen die Natur von bon. fid. actiones angenommen haben: die in § 146 dargelegte negative Haltung des rigor gegenüber den Aequitätsfunctionen der bon. fid. a. gilt auch heutigen Tages noch ohne jedwede Abschwächung z. B. bezüglich der Darlehnsklage im Gegensatze zu der Kaufklage. Noch weit markirter wird diese Thatsache in der Wechselklage, welche überdem aus einem solennen Rechtsgeschäfte in dem in § 1 dargelegten antiken Sinne hervorgeht und wo nun auch alle die entlegeneren Consequenzen hiervon zur Geltung kommen, wie z. B. die cond. liberationis, wie obligationis. Mit vollem Grunde tritt daher jener Aufstellung entgegen Götz, de cond. doctrina I.

aequitas ein Element enthielt, aus welchem sich die Gefahr von Ausschreitungen und Uebergriffen in die Sphäre des Moralischen für die richterliche Entscheidung ergab. Und so daher begegnen wir auch in dieser Periode Ermahnungen an den Richter zu gewissenhafter Beachtung der seinem Urtheile gesetzten Schranken, so bei

Justinian im Cod. VII, 31, 14. § 1: hoc — iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes exsistant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes;

oder in Inst. IV, 17. pr.: imprimis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus constitutum est;

vgl. Val. Th. et Arc. im C. Th. IX, 10, 4. § 1 (390); Th. et Val. das. XVI, 5, 65 (428); Justin. in Nov. 82 c. 10 (539),

wie nicht minder wiederum der Instruction für den Richter in Inst. IV, 17: de Officio iudicis.

Sodann wiederum, was den Schädenbeweis insbesondere betrifft, so setzt Justinian im Cod. VII, 47, 1 dem richterlichen Officium gewisse Schranken, indem er den von früher überlieferten Satz, daß bei a. emti als Evictionsklage das id quod interest das duplum pretii nicht überschreiten dürfe (A. 829), für alle Klagen generalisirt, welche auf eine ein certum enthaltende Prästation sich richten:

Quum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam — hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere. — Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio (A. 828),

eine Vorschrift, mit welcher in sachlicher Beziehung wieder der Rechtssatz conform ist, daß der Betrag der zu zahlenden Zinsen nicht über die Summe des geschuldeten Capitales ansteigen solle (A. 830). Und anderntheils ist es wiederum die Tendenz, den Schädenbeweis zu vereinfachen und zu erleichtern, welche das Zurückgreifen auf die alte Methode des rigor von Seiten Zeno's wie Justinian's (§ 146) bestimmt: man greift auf das System

der poenae temere litigantium zurück, um für die Beurtheilung der Vermögensschädigung jenen hohen Grad objectiver Gewißheit, wie processualischer Einfachheit zu sichern, welche allein auf jenem Wege erreichbar ist (§ 105).

Und endlich das letzte Auskunftsmittel zur Beseitigung jener Uebelstände, wozu man griff, war die Vereinfachung und Läuterung des Rechtes selbst: theils die Verordnung von Constant. im C. Th. I, 4, 1 (321), welche den notae des Ulpian und Paulus zu den Schriften Papian's die correctorische Kraft abspricht, theils die Gesetze von Constant. im C. Th. I, 4, 2 (327) und von Th. et Val. das. c. 3 (426), deren ersteres den Werken des Paulus, und deren letzteres den Schriften von Papinian, Paulus, Gajus, Ulpian und Modestin officiell den Werth und die Bedeutung maaßgebender Autoritäten für den Richter zuerkennt, beim Dissens zwischen jenen selbst aber die Bevorzugung der einen Lehrmeinung dem wissenschaftlichen Ermessen des Richters und dessen fachmäßiger Beurtheilung ohne Weiteres entzieht, vielmehr dem mechanischen Majoritäts-, wie eventuell Autoritäts-Principe schlechthin unterstellt; theils endlich die manichfachen Projecte, wie Versuche zur Codification des Rechtes, die endlich mit Justinian's Rechtssammlung ihren Abschluß erreichte, gesichert zugleich durch die significante Vorschrift in Const. Deo auctore § 12:

Nostram — consummationem — Digestorum vel Pandectarum nomen habere sancimus, nullis iuris peritis in posterum audentibus commentarios illi applicare et verbositate sua supradicti codicis compendium confundere, quemadmodum in antiquioribus temporibus factum est, quum per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est.

Drittes Buch.

Die Principien der civilen und der natürlichen Verwandtschaft.

§ 149.

Die Principien an sich von rigor und aequitas und deren einzelne Positionen.

Neben den in den beiden ersten Büchern behandelten Rechtsprincipien tritt ebenso in der Rechtsbildung selbst, als auch, wie in Thl. I § 66. 70. 99. Beil. VII § 7. 18 dargelegt, in der Speculation und Theorie der zweiten und dritten Periode in den Gegensatz von rigor und aequitas noch ein durchaus heterogenes Princip herein: die sanguinis ratio[1785]) oder das Princip einer Berücksichtigung der Blutsverwandtschaft. Und zwar beruht die Eigenartigkeit dieses Principes vor Allem darin, daß das normirte Verhältniß nicht lediglich dem menschlichen Lebensverkehre anheimfällt und aus diesem allein als dessen Ergebniß hervorgeht, sondern auf einer naturgesetzlichen Grundlage ruht und so von außen her in die Lebensbeziehungen hineingetragen wird: durch das Wirken eines Naturgesetzes, dessen Eingreifen und Ergebniß vom Menschen zwar veranlaßt, im Uebrigen aber weder bestimmt noch geleitet wird; und sodann darin, daß die hierdurch begründeten wechselseitigen subjectiven Beziehungen der Individuen weit über das

---

1785) S. die Citate in Thl. I A. 522; dann Pap. 27 Quaest. (D. XVII, 1, 54. pr.): affectus ratio. — Ueber jenes Princip in seiner Ausprägung vgl. Klenze, in Ztschr. f. gesch. R. W. VI, 1 fg. Dirksen, Versuche I, 38 fg. Brinz, Pand. § 282 fg. Wegen des rigor vgl. Bering, Erbrecht § 3.

Gebiet des Pecuniären hinaus und in ganz andere Seiten des menschlichen Seins übergreifen: in eine Sphäre von höchster sittlicher Bedeutung, die dem entsprechend auch nirgends von den Rechtsordnungen völlig gedeckt oder ausschließlich beherrscht wird, da vielmehr allenthalben auch dem Gesetze der Moral, wie bürgerlichen Sitte ein ebenso weitgreifender, wie gewichtvoller Spielraum verbleibt.

Alles dieses erklärt aber und begründet ohne Weiteres die historische Ausprägung jenes Gegensatzes von rigor und aequitas: es prägt derselbe innerhalb des obigen Principes historisch nicht in der Weise sich aus, daß der rigor der Blutsverwandtschaft überhaupt keine juristische Relevanz beimäße, als vielmehr darin, daß die aequitas nur in weitergreifender Maaße und in anderen naturgesetzlichen Banden verwandtschaftliche Beziehungen anerkennend mit solchen ihre Rechtswirkungen verknüpft.

Im Besonderen aber tritt jener principielle Gegensatz in fünf verschiedenen Untersätzen zu Tage, und zwar

I. auf Grund des verschiedenen Systemes an sich, auf welches die von dem Rechte sanctionirte Verwandtschafts-Ordnung gestützt ist. Denn indem die Verwandtschaft durch die Zeugung Seitens des Mannes und durch die Geburt Seitens des Weibes naturgesetzlich vermittelt wird, so können für die an die Verwandtschaft geknüpften rechtlichen Folgen ebenso die Zeugung allein oder die Geburt allein oder auch beide zusammen als maaßgebend und bestimmend anerkannt werden, woraus nun das androkratische, das gynäkokratische[1786]) und ein gemischtes System der Familien- und Verwandtschaftsrechts-Ordnung sich ergiebt. Und auf solchen Unterschied geht nun der erste principielle Gegensatz von rigor und aequitas zurück, indem die letztere ein gemischtes System vertritt,

---

1786) Wegen des gynäkokratischen Systemes vgl. Thl. II A. 535. Bachofen, Mutterrecht. Keil im Philologus 1860. XVI, 9 fg., wie auch Kuhn, städt. und bürgerl. Verf. d. r. Reiches I, 18 fg., wo jedoch jenes System in seiner historischen Bedeutung durchaus ungenügend gewürdigt ist. Andrerseits wiederum innerhalb des androkratischen Systemes tritt in der so weit verbreiteten Couvade die Idee zu Tage, es erfordere die volle Verwandtschaft, daß mit der Zeugung auch die Geburt sich verbinde, daher nun der Vater des Neugeborenen wegen in den Wochen liegt: Bastian in Lazarus und Steinthal, Ztschr. f. Völkerpsychol. V, 156 fg. Peschel, Völkerkunde 246.

wohingegen der rigor das androkratische System ausschließlich zur Geltung bringt und damit nun den Gesichtspunkt vertritt, daß nur die Zeugung, nicht aber die Geburt die Blutseinheit begründe und auf weitere Generationen überleite, vielmehr das Weib nur ein Zeugungs-Instrument sei, ohne einen eigenen Zeugungsstoff in ihr Kind zu übertragen. Somit bestimmt sich dieser principielle Gegensatz dahin:

der rigor führt in strenger und ausschließender Consequenz das androkratische System der Familien- und Rechts-Ordnung durch: nur die durch Zeugung vom Manne begründete Verwandtschaft anerkennend und dabei im Besonderen je nach Linie und Grad drei, resp. vier verschiedene verwandtschaftliche Kreise unterscheidend: den paterfamilias und dessen legitime Descendenz, aus welcher jedoch nur die sui die vornämlichen Rechtssubjecte sind; dann die ferneren agnati[1787]) und resp. insbesondere die consanguinei, wie endlich die gentiles;

die aequitas dagegen vertritt ein gemischtes System: gleichmäßig die durch Abstammung vom Manne, wie von der Frau begründete Verwandtschaft anerkennend und im Besonderen je nach Linie zwei solche Kreise unterscheidend: von Eltern und Kindern sammt ferneren De- und Ascendenten, wie die sonstigen cognati[1788]).

1787) Vgl. Gai. I, 156 (J. Just. I, 15, 1. III, 2, 1. D. XXVI, 4, 7): sunt — agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati; III, 10 (Collat. XVI, 2, 10): vocantur — agnati, qui legitima cognatione iuncti sunt; legitima autem cognatio haec est, quae per virilis sexus personas coniungitur; Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 2): hi (sc. agnati) sunt per patrem cognati ex eadem familia. Dagegen die vorkommende Beschränkung der agnati auf Männer, stützt sich lediglich auf rechtshistorische Momente: § 151. — Den Gegensatz bilden die cognati als hi qui per feminini sexus personas necessitudine iunguntur: Gai. I, 156. III, 24. und ähnlich Paul. de Grad. cit. vgl. Sent. rec. IV, 8, 14.

1788) Lab. bei Ulp. 46 ad Ed. (D. XXXVIII, 8, 1. § 1): cognati appellati sunt, quasi commune nascendi initium habuerint; Ulp. cit.: cognati — appellati sunt quasi ex uno nati; 2 Inst. (Collat. XVI, 8, 1): cognati — sunt, qui nos per patrem aut matrem contingunt; Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 2): cognati sunt, et quos agnatos lex XII tab. appellat; Modest. 12 Pand. (D. cit. 4. § 1): cognati ab eo dici putantur, quod quasi

II. Den weiteren Stützpunkt eines principiellen Gegensatzes ergiebt die Beschaffenheit des geschlechtlichen Verhältnisses selbst zwischen Mann und Weib, aus welchem die Descendenz hervorgegangen ist. Und zwar

der rigor erkennt als das einzige Geschlechtsverhältniß, in welchem durch Zeugung die relevante Blutsverwandtschaft zwischen Vater und Kind begründet wird, die iustae nuptiae oder das iustum matrimonium an d. h. die civile Ehe zwischen zwei des römischen conubium theilhaften Individuen[1789], weder aber die sonstige Ehe, noch ein anderweites Geschlechtsverhältniß;

die aequitas dagegen stützt die relevante Blutsverwandtschaft der Freien auf die Zeugung oder auf die Geburt theils aus dem matrimonium, sei es iustum, sei es non iustum, als der römisch rechtlichen Ehe[1790], nicht aber aus dem matrimonium iuris peregrini, theils aus dem concubinatus (§ 152. 154), theils aus dem geschlechtlichen Umgange zwischen Freien und Sclaven oder zwischen Sclaven (A. 1838), wie nicht minder auf die Geburt aus dem außerehelichen Umgange.

Denn, was insbesondere das matromonium iuris peregrini betrifft, so ist die Cognation in dem maaßgebenden Sinne (A. 1788), ebenso wie die Affinität, wenn immer auch in ihren Existenzbedingen durch naturgesetzliche Ordnungen bestimmt und insofern ganz unabhängig von aller Rechtsordnung, doch in ihren juristischen Beziehungen d. h. insoweit als damit Wirkungen Rechtens verknüpft sind und somit deren juristische Existenz oder Relevanz in Frage steht, nicht iuris gentium, sondern iuris civilis[1791]), eine These, die ebenso Consequenz, wie Voraussetzung

---

una communiterve nati vel ab eodem orti progenitive sint; vgl. Paul. sent. rec IV, 8, 14. In diesem Sinne findet sich das Wort in der lex Cincia, lex repetund. in C. J. L. I no. 198, lex Cornel. de iniur., leges Juliae de vi publica und privata und lex col. Juliae Genet.: A. 1817; bei Plaut. Mil. III, 1, 111. 113. IV, 3, 26. Capt. II, 3,30. Poen. V, 4, 86. 5, 44. prol. 97. Cic. de Orat. II, 24, 100. Treb. bei Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 18).

1789) Wegen iustae nuptiae s. Beil. X § VI. Der obige Satz ist ein Stück der Grundordnung des ältesten röm. Rechtes: Thl. II § 11, 12.

1790) Vgl. Thl. II § 82. Beil. X § VI.

1791) Dieser Satz ist höchst characteristisch gegenüber den beiden That-

ist der Sätze, daß solche juristisch relevante Cognation theils weder zwischen Peregrinen, noch zwischen solchen und römischen Bürgern statt haben kann[1792]), theils durch Verleihung der römischen Civität an verwandte Peregrinen zwischen denselben nicht begründet wird[1793]), theils endlich durch cap. dem. media auf-

---

sachen, daß ebenso die sanguinis ratio dem ius naturale überwiesen wird (A. 1837), als auch die Cognation mehr denn irgend welches andere Rechtsverhältniß, iuris quo omnes gentes utuntur ist, aus Beiden daher für die Cognationsrechte ein zwiefacher Titel sich ergab, iuris gentium zu sein. Dennoch blieben dieselben in der That iuris civilis und es ist nur ein Pseudo-ius gentium, welches bekundet wird von Quint. J. O. VII, 1, 46: pater intestatus duos nos filios reliquit; partem (sc. B. P. unde liberi) iure gentium peto, oder von Liv. XL, 9, 8: huic spei tuae (sc. succedendi) obstat — gentium ius; 11, 7: festinat ordinem aetatis, naturae, moris Macedonum, iuris gentium; 12, 13: maiore fratre —, cuius iure gentium, more Macedonum — regnum est futurum; 17, 4: paterni regni agrum se et recepisse et habere iure gentium; Justin. H. Phil. XVI, 2: is contra ius gentium minimo natu ex filiis ante infirmitatem regnum tradiderat; vgl. Thl. II § 106 fg. Jene auch bei Tutel, Patronat u. a. m. wiederkehrende Thatsache, daß Institute, die mehr als alle anderen iuris quo omnes gentes utuntur sind, dem ius gentium nicht angehören, wie die entgegengesetzte Erscheinung, daß iuris gentium manche Institute sind, welche bestimmt nicht dem ius quo omnes gentes utuntur angehören, wie z. B. fidepromissio und nuncupative acceptilatio, bekunden mit vollster Deutlichkeit, daß die Zubehörigkeit eines Institutes zu solchem Rechte bestimmt kein wesentliches, sondern durchaus nur ein zufälliges Merkmal des ius gentium ergab; vgl. auch A. 1867. — Im Uebrigen kommen hier nicht in Betracht die Rechtswirkungen der Cognation, welche dem ius naturale, als dem ius commune omnium animalium angehören und somit auch bei servilis cognatio zur Wirksamkeit gelangen: s. Thl. IV § 4.

1792) Vgl. Thl. II A. 80. Daher wird z. B. die B. P. unde vir et uxor nicht durch matrimonium iuris peregrini begründet: Ulp. 47 ad Ed. (D. XXXVIII, 11, 1. pr.): ut bon. poss. peti possit unde vir et uxor, iustum esse matrimonium (A. 1790) oportet; vgl. Thl. II, 88. Theils singuläre, theils relative Ausnahmen — insofern die Ehe des Latinus Junianus eine römisch rechtliche war — s. A. 1839. Thl. II A. 79. S. 734 fg.

1793) So z. B. Plin. Paneg. 37: novi (sc. cives) seu per Latium in civitatem seu beneficio principis venissent, nisi simul cognationis iura impetrassent, alienissimi habebantur; — — romanam civitatem — affinitatum damno bene compensari putarent; vgl. Thl. II A. 79. S. 734 fg. Klenze, in Ztschr. f. gesch. R. W. VI, 61 fg. Bezüglich der Latinen ward von Trajan diese Härte beseitigt; A. 1839; und so auch bei der erroris causa probatio: Gai. I, 67 fg. Ulp. VII, 4. Dann vgl. auch Paul. 17 Quaest. (D.

gehoben, d. h. in juristischer Beziehung durchaus unwirksam gemacht wird[1794]).

III. Der dritte Gegensatz beruht in der Modalität der künstlichen, d. h. rein juristischen Begründung der Blutsverwandtschaft. Denn gegenüber dem Sachverhalte, daß an und für sich deren Grundlage nur in einem naturgesetzlichen Vorgange: dem Acte der Zeugung, wie der Geburt gegeben ist, hat das römische Recht die Ordnung decretirt, daß solcher Vorgang durch einen rechtsgesetzlichen Act ersetzt werden könne. In dieser Beziehung nun hat

der rigor verordnet, daß die Blutsverwandtschaft durch solches juristische Surrogat ersetzt d. h. durch Rechtsact zwischen solchen begründet werden könne, zwischen denen naturgesetzlich keine Verwandtschaft besteht: durch conventio in manum, arrogatio und adoptio;

die aequitas dagegen stellt keine Modalität solcher künstlichen Begründung der Blutsverwandtschaft auf, sondern lediglich der künstlichen Begründung der Legalität naturgesetzlicher Blutsverwandtschaft: durch Legitimation. Dagegen respectirt dieselbe allerdings die von dem rigor decretirte, künstlich begründete Verwandtschaft, allein dies nur innerhalb der von demselben gesetzten Beziehungen: lediglich insoweit, als nach dem rigor Agnation begründet wird, erkennt auch sie Cognation an, nicht aber über jene Gränze hinaus[1795]).

XLVIII, 23, 4): in metallum damnata mulier eum, quem prius conceperat, edidit, deinde a principe restituta est; humanius dicetur etiam cognationis iura huic restituta videri.

1794) Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 11); is cui aqua et igni interdictum est, — et cognationes et affinitates omnes, quas ante habuit, amittit; J. Just. I, 16, 6: si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur. So im Besonderen die iura agnationis: Gai. I, 158: agnationis — ius cap. deminutione perimitur; III, 21. 27. vgl. Thl. II, 87; dann die B. P. unde liberi: Ulp. 39 ad Ed. (D. XXXVII, 4, 1. § 8): filium habuit et ex eo nepotem; filius — deportatus est; quaeritur, an nepoti noceat. Et verius est — nepotem admittendum (sc. ad B. P.); endlich das Erbrecht im Allgemeinen: Herm. 3 Jur. ep. (D. XXXVIII, 7, 6): nati post — patris — deportationem, sed et hi, qui tempore, quo — deportabatur pater, in potestate fuerunt, — heredes patri non extiterint, sicuti exheredati. Vgl. Thl. II § 11 fg. insbesondere S. 88.

1795) Pomp. 4 ad Sab. (D. XXXVIII, 8, 5); Ulp. 46 ad Ed. (D. cit. 1.

IV. Der vierte Gegensatz wiederum beruht entsprechender Maaßen in der Modalität der künstlichen Lösung der Blutsverwandtschaft, welche neben dem Tode allerdings auch durch cap. dem. maxima vermittelt wird, da letztere die Existenz der Persönlichkeit selbst vernichtet, bezüglich deren im Uebrigen aber rigor und aequitas verschiedene Sätze aufstellen. Und zwar

der rigor läßt die Blutsverwandtschaft ebenso durch cap. dem. media (A. 1794), wie minima (A. 1796) zerstört werden;

die aequitas dagegen erkennt als Aufhebungsgrund der Blutsverwandtschaft zwar die cap. dem. media (A. 1794), nicht aber die minima an, ausgenommen insoweit, als die Verwandtschaft lediglich auf einer der von dem rigor statuirten Modalitäten künstlicher Begründung beruht[1796].

V. Endlich der letzte Gegensatz ergiebt sich aus der Behandlung der Ehe und Affinität im Rechte. Denn indem einerseits der rigor, wie unter I dargelegt, in strengster und ausschließender Consequenz das androkratische System der Familienordnung durchführt, so konnte dementsprechend die Ehe an sich und ebensowenig die Affinität überhaupt für die dadurch Verbundenen eine juristische Folgewirkung in Recht oder Verbindlichkeit nicht haben. Und dieser Satz ist in der That für die unebenbürtige Ehe (ohne manus) durchgeführt. Allein da solche Ordnung in anderer Beziehung der Volksanschauung und deren Anforderungen widerstrebte, so ward für die ebenbürtige Ehe (mit manus) der unter III dargelegte Ausweg einer künstlichen Begründung des juristisch rele-

---

§ 4), 26 ad Sab. (D. XXIII, 2, 12. § 4); Paul. 4. 35 ad Ed. (D. II, 4, 7. I, 7, 23); Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII; 10, 4. § 10); J. Just. I, 10, 3. III, 1, 13. III, 5, 1. 3.

1796) In ersterer Beziehung: Lab. bei Ulp. 40 ad Ed. (D. XXXVII, 4, 8. § 11); Gai. I, 158 (vgl. J. Just. I, 15, 3), III, 27. Pomp. 4 ad Sab. (D. L, 17, 8); Ulp. XXVIII, 9. Paul. 6 ad Plaut. (D. XXXVIII, 10, 5); Modest. 12 Pand. in A. 1795 cit. J. Just. III, 1, 11. Justinian. im Cod. VIII, 48, 10. pr. § 1. In letzterer Beziehung: Jul. 27 Dig. (D. XXXVIII, 8, 3); Ulp. 46 ad Ed. in A. 1795 cit.; Paul. 2 ad Sab. (D. XXXVIII, 6, 4); J. Just. II, 13, 4. III, 1, 11. vgl. Gai. I, 61 (J. Just. I, 10, 2), 11 ad Ed. prov. (D. XXIII, 2, 17. pr.), Paul. sent. rec. II, 19, 4 (Collat. VI, 3, 2). Eine Ausnahme gilt jedoch bezüglich der Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten: Gai. I, 59 (J. Just. I, 10, 1), 11 ad Ed. prov. (D. XXIII, 2, 55. pr.); Paul. sent. rec. cit.

vanten Verhältnisses: der Agnation und resp. Suität zugelassen. Und gerade hierin bewahrheitet sich auf das Schärfste die strenge und ausschließende Consequenz des rigor in Durchführung des androkratischen Systems. Denn indem das durch die Ehe begründete Verhältniß zwischen Gatten an sich völlig unvereinbar jenem Systeme widerstrebte, so setzte sich nun der rigor durch einen souveränen Machtspruch über solche Thatsache hinweg und ordnete jenes Verhältniß der Wirklichkeit widerstreitend und somit zu einer Fiction greifend: es wird solcher Ehe der Effect beigemessen, die Gattin mit der Tochter, die Schwiegertochter mit der Enkelin u. s. w. des paterfamilias juristisch gleichzustellen und so die mangelnde Blutsverwandtschaft auf zugleich künstlichem, wie fictivem Wege zu ersetzen. Darauf aber beruht die weitere gegensätzliche Position von rigor und aequitas:

der rigor, da er in thesi nur der durch Zeugung begründeten Verwandtschaft, nicht aber der Affinität zwischen den Gatten juristische Relevanz beimisst, erkennt die Ehe an und für sich und als solche nicht als geeigneten Thatbestand für Begründung von Rechtsverhältnissen zwischen den Gatten an, vielmehr beschieht dies nur in fictiver Weise, insofern die Ehegattin juristisch in das Verhältniß der Descendentin oder der sua insbesondere gestellt wird;

die aequitas dagegen erkennt neben der Blutsverwandtschaft als ein derselben analoges und ebenfalls mit Wirksamkeit Rechtens bekleidetes Verhältniß die Affinität an. Und zwar wird dieselbe begründet theils durch matrimonium, sei es iustum, sei es non iustum, als der römischen rechtlichen Ehe, theils durch Verlöbniß, theils durch den concubinatus; dahingegen gelöst wird dieselbe theils durch Lösung des sie begründenden Verhältnisses, theils durch cap. dem. media, nicht aber durch minima[1797]).

1797) Lösung der Affinität durch Auflösung von Ehe oder Sponsalien: Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 1, 3. § 1), Paul. 71 ad Ed. (fr. Vat. 303), wovon, wie in A. 1796 bezüglich der Ehehindernisse eine Ausnahme gilt: A. 1853 fg. 1872 fg., und dann singulärer Weise auch bezüglich der solidi capacitas: A. 1851, wie bezüglich der a. rer. amot.: A. 1826. — Cap. dem. media: Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 11). — Dann Modest. cit. (D. cit. § 10): in adoptionem datus aut emancipatus, quascunque — affinitates —

Dahingegen ist dem rigor von Vorn herein fremd die in späteren Zeiten hervortretende (§ 151) Ungleichheit der Geschlechter in Bezug auf die Erbberechtigung, während wiederum die Gleichberechtigung der Kinder ohne Unterschied der Reihenfolge ihrer Geburt zu allen Zeiten von dem römischen Rechte festgehalten worden ist[1797a]).

Endlich bietet nun auch das Patronat über den Clienten oder Libertus mancherlei und sehr nahe liegende Analogieen mit der Agnation, wie Cognation. Gleichwohl aber ist jenes Verhältniß von dem Rechte niemals dem Gesichtspunkte einer fictiven Verwandtschaft, sondern nur einer sehr nahen Parallele mit solcher unterstellt worden, daher in Wahrheit dasselbe nicht dem hier maaßgebenden Thema unterfällt.

Nach Alle dem aber erkennt der rigor drei, resp. vier verschiedene Kreise an, innerhalb deren die rechtlichen Beziehungen zwischen den betreffenden Individuen auf Blutseinheit beruhen oder gestützt werden: zwischen agnati, insbesondere sodann theils zwischen paterfamilias und legitimen Descendenten, wie namentlich sui, theils zwischen consanguinei, und endlich zwischen gentiles.

Dagegen auf Seiten des aequitas treten vier verschiedene Kreise gegenüber: cognati und insbesondere parentes et liberi, affines und insbesondere vir et uxor.

Den so ausgeprägten Gegensatz der Principien aber können wir, dem Sprachgebrauche der Quellen folgend[1798]), bezeichnen als civile und natürliche Verwandtschaft: als civile Verwandtschaft, weil nicht allein der juristische Effect der natürlichen Verwandtschaft durch juristische Requisite beschränkt ist, sondern auch das Recht der durch rein juristischen Act begründeten, nicht verwandtschaftlichen Beziehung zwischen zwei Individuen den Werth und Effect der Blutsverwandtschaft beilegt; und als natürliche

---

habuit, retinet; — sed in ea familia, ad quam per adoptionem venit — affinis — ei — nemo est, somit entsprechend dem Gesetze in A. 1796; allein auch hier gilt bezüglich der Ehehindernisse eine Ausnahme: A. 1875.

1797a) Sonach unter Ausschluß des so manichfach vorkömmlichen Majorates oder Minorates: Grimm, Rechtsalterth. 475. Blackstone, commentaries on the law of England II, 83.

1798) Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 2); vgl. Gai. III, 10. Ulp. 26 ad Sab. (D. XXXVIII, 2, 12. § 4).

Verwandtschaft, weil lediglich der durch naturgesetzliche Verwandtschaft und Affinität begründeten Beziehung zwischen den Individuen von der aequitas ein juristischer Effect selbsteigen beigelegt ist, wenn immer auch die künstlich begründete Civil-Verwandtschaft des rigor respectirt wird.

§ 150.

Die historische Ausprägung der Principien.

1. Bis zur Mitte des sechsten Jahrh. d. St.

Das Recht des gegenwärtigen Zeitraumes ist in seinen verwandtschaftsrechtlichen Ordnungen ausnahmelos von dem in § 149 dargelegten Principe des rigor beherrscht: ausschließlich die durch Zeugung in iustae nuptiae oder durch deren juristische Surrogate: arrogatio, adoptio, wie in manum conventio begründete Verwandtschaft wird Seitens des Rechtes als solche anerkannt, vorausgesetzt im Uebrigen, daß die maaßgebende Person nicht von cap. dem. magna oder minima betroffen worden sei. Mit solcher Verwandtschaft nun wird ein sechsfältiger, privatrechtlicher Effect verknüpft: die Begründung der patria potestas und resp. manus, des Intestaterbrechtes, des Rechtes auf Tutel, der Pflicht zur Uebernahme der cura furiosi, wie prodigi, der Theilnahme an den von der gens, als juristischer Person, ihren Mitgliedern gewährten Rechten, so z. B. am sepulcrum gentilicium, wie endlich auch der Begründung eines Ehehindernisses.

Innerhalb jener Verwandtschaft im Allgemeinen aber statuirt der gegenwärtige Zeitraum drei verschiedene Verwandtschaftsverhältnisse, welche unter einander sich verhalten gleichwie drei verschiedene Kreise, von denen der größte den mittleren und der letztere wiederum den kleinsten in sich umschließt: die Gentilität, welche zugleich die Agnaten umfaßt, während die Agnation wiederum die sui und den paterfamilias umspannt. Und zwar ergiebt sich im Einzelnen das specifische Unterscheidungsmerkmal der sui von den Agnaten schlechthin daraus, daß der suus oder die sua diejenigen agnatischen Descendenten sind, welche unmittelbar der patria potestas oder manus eines paterfamilias unterworfen sind, d. h. ohne daß zwischen ihnen und dem Letzteren ein in näherem

Grade verwandter Descendent in des Nämlichen patria potestas steht[1799]; dagegen das specifische Unterscheidungsmerkmal der Agnaten von den Gentilen ist gegeben in dem Verwandtschafts-Grade allein und schlechthin: die Agnation umfaßt die civilen Verwandten bis zu und mit dem sechsten Grade[1800], während mit dem siebenden Grade die Agnation aufhört und die Gentilität allein Platz greift[1801]. Und zwar erhellt diese Thatsache aus vier Momenten, nämlich

---

1799) Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 3): proximiores ex agnatis sui dicuntur.

1800) Dieser Grad umfaßt an Ascendenten noch tritavus und tritavia väterlicher Seits; an Descendenten: trinepos, trineptis und trinurus in manu adnepotis; an Collateralen: fratris abnepos, abneptis; patrui pronepos, proneptis; patrui magni nepos, neptis oder sobrinus, sobrina; patrui maioris oder propatrui filius, filia; patruus maximus oder abpatruus und amita maxima oder abamita. — Klenze a. O. 97 erblickt in der Fortführung der Verwandtschaftsgrade bis zu trinepos und tritavus eine rein theoretische Operation ohne practische Anwendbarkeit, da Beide, die Generation zu 30 Jahren gerechnet, 180 Jahre zwischen sich haben. Allein dabei ist die frühe Ehemündigkeit bei den alten Römern übersehen, welche, indem sie dem Manne sofort mit Eintritt der Zeugungsfähigkeit die Ehe gestattete, recht gut nach 20 Jahren eine neue Generation neben die ältere treten ließ; und dann reduciren sich jene 180 Jahre auf 120, ein nicht unmögliches Lebensalter, wie die zahlreichen Beispiele ergeben, welche Phlegon. Trallian. περὶ μακροβίων in fr. hist. Graec. III, 608 fg. ed. Müller, Plin. H. N. VII, 48, 156—164 beibringen.

1801) Weder ist die ältere, z. B. von Chladenius, de gentilitate, Lange, r. Alterth. I § 40 vertretene Ansicht richtig, daß der Endpunkt der Agnation potentiell durch die Nicht-Nachweisbarkeit des Verwandtschaftsgrades bestimmt werde: denn die Beweisbarkeit einer Thatsache ist im röm. Rechte nie und nirgends Rechtsgrund vom Erwerbe eines Rechtes, sondern einzig und allein Voraussetzung seiner Geltendmachung, noch die jüngere, von Niebuhr, r. Gesch. ausgehende Ansicht, daß die Verwandtschaft ein unwesentliches Element der Gentilität sei, da solche Annahme nicht allein mit Varr. L. L. VIII, 2, 4 und Paul. Diac. v. gentiles p. 94 in Widerspruch steht, ohne wiederum aus Cic. Top. 6, 29 entnommen werden zu dürfen (s. A. 1805), sondern auch insofern des nothwendigen, juristischen Stützpunktes entbehrt, als die Quellen durchaus kein Rechtsgeschäft bekunden, welches ein Individuum oder eine Familie oder eine Gens in eine andere Gens als Zuwachs zu deren Gentilbestande unmittelbar d. h. auf anderem Wege einfügte, als durch Arrogation oder Adoption oder conventio in manum. Wegen des späteren Rechtes s. A. 1840.

1. daraus, daß mit dem sechsten Grade die besonderen technischen Verwandtschaftsbezeichnungen der Ascendenten und Descendenten abschließen: vom siebenten Grade ab heißen die ersteren schlechthin maiores, die letzteren posteriores[1802]), eine Thatsache, die namentlich darin äußerst significant wird, daß, während der im sechsten Grade verwandte Descendent trinepos heißt, für dessen im siebenten Grade verwandte uxor in manu eine technische Bezeichnung nicht mehr gebildet ist, da trinurus die uxor in manu des adnepos ist;

2. aus dem Zeugnisse von

Trebat. bei Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 18): ultimi cognationum (A. 1788) gradus sobrinorum fiunt;

3. aus der Rechtsordnung, daß das Ehehinderniß wegen Seiten-Verwandtschaft bis zu und mit dem sechsten Grade der Agnation sich erstreckt (A. 1809);

4. aus der Rechtsordnung, daß in der Erbclasse der agnati nur Verwandte bis zu und mit dem sechsten Grade berufen werden. Denn dies insbesondere bekundet der älteste uns überlieferte, antike Stammbaum[1803]), welcher, diejenigen Individuen verzeichnend, für die aus ihrer Verwandtschaft mit dem Defunctus der Rechtstitel ihres Intestaterbrechtes sich ergiebt: „lege hereditates quemadmodum redeant," darunter die sui, consanguinei und agnati[1804]), nicht aber die gentiles[1805]) einordnet. Dieser Stamm-

---

1802) Paul. sent. rec. IV, 11, 7: septimo gradu, qui sunt cognati, recta linea supra infraque propriis nominibus non appellantur; Veteres bei Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 4, 4. § 2); Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 7).

1803) Bei Huschke, Jurispr. Antei. hinter S. 584. — Wegen der Veränderung in der Kaiserzeit s. A. 1840.

1804) Die Ascendenten theils weil sie für die Figur des Stammbaumes unentbehrlich sind, theils wohl mit Rücksicht auf das peculium castrense.

1805) Denn die Geltendmachung gentilicischer Rechte erheischt Nachweis nicht des Verwandtschaftsgrades, sondern nur der befugten Führung des Gentilitäts-Namens bei Abstammung von freigeborenen Vorfahren und ohne Dazwischentreten einer cap. dem. Dies und nicht mehr besagt die Definition des Qu. Muc. Scaev. Pont. bei Cic. Top. 6, 29, für welche ebenso, wie für die des L. Cinc. bei Paul. Diac. p. 94 (gentiles mihi sunt, qui meo nomine appellantur), nicht historische, sondern nur privatrechtliche Momente: die thatbeständlichen Momente des processualischen thema probandum maaßgebend sind; vgl. A. 1801 und § 153 a. E.

baum aber entspricht hierin dem Rechte der ausgehenden Republik: indem er als erbberechtigt die sui und suae, die consanguinei und consangnineae, und die agnati, nicht aber die agnatae aufzählt (A. 430), sowie dem Rechte der angehenden Kaiserzeit: da er namentlich das S. C. Tertullianum nicht berücksichtigt, demgemäß daher, sobald für das älteste Recht die agnatae noch beigefügt werden, damit ohne Weiteres die Personengruppe der nach den XII Taf. in den beiden ersten Classen Erbberechtigten sich ergiebt. Und dieser Stammbaum nun reicht bis zum sechsten Grade, denselben, abgesehen von den agnatae, vollzählig umfassend, wogegen derselbe nirgends in den siebenten Grad übergreift.

Im Besonderen aber ist an alle die obigen Verwandtschaftsverhältnisse geknüpft das Intestaterbrecht gegenüber dem ingenuus in der dreifachen Abstufung der Delation an die sui, die proximi agnati und die gentiles, während gegenüber dem Clienten die agnati ausfielen[1806]). Und zwar wird solches Erbrecht der Frau, wie dem Manne in völliger Gleichstellung deferirt.

Dagegen nur mit Agnation und Gentilität sind verknüpft das Recht auf Tutel, wie die Pflicht zur Uebernahme der cura furiosi, wie prodigi, und zwar jenes in der Abstufung der Delation an die proximi agnati und gentiles[1807]), die letztere unter gleichmäßiger Delation an Agnaten und Gentilen[1808]).

Dann wieder auf die Agnation allein und demgemäß in der Seitenlinie bis zu und mit dem sechsten Grade erstreckt sich das Ehehinderniß wegen Verwandtschaft,[1809]) wogegen auf die Gentilität

---

1806) Vgl. Danz, R. G. § 170.

1807) Proximi agnati: Gai. I, 155. 157. 164. u. a. m. Gentiles: Mommsen, Zwei Sepulcralreden 471.

1808) Varr. RR. I, 2, 8: mente est captus atque ad agnatos et gentiles est deducendus; und Col. RR. I, 3, 1. Paul. 59 ad Ed. (D. L, 16, 53. pr.): dicitur apud veteres: agnatorum gentiliumque, wo Paul. jedoch das que im Sinne von ve faßt; vgl. Ulp. 7 de Off. proc. (D. I, 18, 13. § 1), sowie § 153 a. E. Der proximus agnatus hätte gar nicht hierher gepaßt, denn dafern derselbe impubes oder furiosus war, war er doch absolut untauglich als curator furiosi oder prodigi.

1809) Excerpt aus Liv. XX im Hermes, 1870. IV, 372: P. Celius (? Cloelius) patricius primus adversus veterem morem intra septimum cognationis gradum duxit uxorem. Ob hoc M. Rutilius plebeius sponsam sibi praeripi novo exemplo nuptiarum dicens sedicionem populi concitavit.

allein die bezüglichen Mitgliederrechte sich stützen,[1810]) endlich wiederum im Wesen der patria potestas deren Beschränkung auf Ascendenz-Verwandtschaft liegt.

Jener durch das Rechtsgesetz gegebenen Familien- und Verwandtschafts-Ordnung tritt indeß innerhalb der Sphäre der mores und des bürgerlichen Verkehres eine zweite ganz selbstständige Ordnung gegenüber, welche in doppelter Richtung in einem scharfen Contraste zu jener ersteren steht: theils bezüglich des Gesetzes, welches hier für die juristische Familie gesetzt ist, theils aber auch bezüglich des Kreises selbst der Zusammenbehörigen, welche als Familie oder Sippe anerkannt werden.

Und zwar was zunächst jenen ersteren Punkt betrifft, so tritt der juristischen Familienordnung innerhalb der Sphäre der mores eine völlig verschiedene Ordnung gegenüber, die, gestützt auf die Gesetze der Natur, wie der Religion, der Moral und der bürgerlichen Sitte an sich, ein durchaus anderes Bild des Familienlebens enthüllt. Denn wie allenthalben verwandtschaftliche Zuneigung und Liebe, religiöse Glaubenssätze, anerzogene ethische Grundsätze, überlieferte und eingewurzelte Volks-Sitte, wie -Anschauung, die Gewohnheit ferner des täglichen und engeren Zusammenlebens und Verkehres, die Gemeinsamkeit endlich der materiellen Interessen; wie allenthalben diese Factoren, die Familie nach Innen hin einheitlich zusammenschließend und nach Außen hin als ein Ganzes abgränzend, zugleich ein eigenes Gesetz ergeben, welches den wechselseitigen Verkehr der Zubehörigen in seinen mannichfachen Beziehungen und Bewegungen regelt; wie allenthalben daher das Recht unter allen Lebenssphären, die es beherrscht, am allerentschiedensten innerhalb der Familie die Stellung eines rein subsidiären Nothbehelfes einnimmt, so daß es nur da, wo jene anderweiten Mächte und Gesetze als unzureichend für die Regelung des Familienlebens sich erweisen, in die Stellung des maaßgebenden Familiengesetzes eintritt; so nun bekundet sich auch

---

adeo, ut patres territi in Capitolium perfugerent; der Vorgang fällt zwischen 513 und 535, somit in die Zeit der Ehescheidung des Sp. Carvilius Ruga; vgl. A. 1818.

1810) Vgl. Becker - Marquardt, r. Alterth. II, 1, 44 fg. V, 1. A. 2838. 2840.

zu Rom die durchaus gleiche Erscheinung. Und so daher bietet bis tief in die Republik hinein die gutgeartete altrömische Familie ein vollständig anderes Bild, als jenes ist, worauf die Rechtsordnungen hinweisen: während hier die Familie als ein despotisch regiertes Gemeinwesen sich darstellt, so ist dort dieselbe ein patriarchalisch geleitetes Hauswesen, in welchem von Oben herab zwar die Würde und Hoheit der hausherrlichen Stellung gewahrt, aber doch mit Milde und Gerechtigkeit das Regiment geführt wird, von Unten her dagegen ebenso Achtung, wie Vertrauen und Hingebung dem Oberhaupte entgegengebracht, das Ganze aber von dem Bande der Zuneigung und des Wohlwollens umschlungen wird.

Nicht minder fällt aber auch der gleichen Richtung anheim eine anderweite Thatsache, welche durchaus parallel ist den in § 36 fg. dargelegten Vorkommnissen. Denn nicht nur concurriren ius und mores in Regelung der nämlichen Verhältnisse in der obbezeichneten Weise, sondern es bleiben in ältester Zeit auch zahlreiche Beziehungen des Familienlebens dem Gesetze der mores allein unterstellt, ohne daß das Rechtsgesetz dafür direct concurrirende Normen aufstellte, so daß jenes erstere allein und ausschließlich solche Beziehungen regelt, gestützt in dieser Stellung auf die machtvolle, wie ausgedehnte Herrschaft, welche in ältester Zeit das Gesetz der mores übte (§ 39 fg.). Denn hierunter fällt, daß, während dem Hausangehörigen, sei es uxor in manu, sei es Kind, sei es Sclave oder sonst wer, keinerlei Klag- und Rechtsanspruch wider den paterfamilias zustand und somit dem Letzteren keinerlei Rechtspflicht wider den Ersteren oblag, die bürgerliche Sitte den paterfamilias zum standesgemäßen Unterhalte der Frau und zu deren Schutze, nicht minder zur Fürsorge für geistiges und leibliches Wohlergehen des Kindes, wie auch für Unterhalt und Pflege des Sclaven verpflichtete; daß sodann das Verhältniß zwischen dem Gatten und der nicht in manu stehenden Frau, abgesehen von dem Dotalverhältnisse, einzig und allein durch die Sitte geregelt ward; daß ferner wiederum die Sitte allein die Zusammensetzung des consilium bestimmte, an dessen Beirath der paterfamilias und resp. der tutor mulieris gebunden war, dafern solcher in Ausübung des imperium domesticum seiner sittenrichterlichen Censur oder seines jurisdictionellen Amtes pflog

(A. 1922); und daß endlich von der Sitte allein die Disciplinargewalt des paterfamilias controlirt ward, welche wegen aller Ungehörigkeiten des Sclaven und wegen leichter Vergehen der freien Hausangehörigen neben jenem censorischen und prätorischen Amte des paterfamilias eingriff.

Sodann tritt aber auch neben jene beiden Erscheinungen, denen für unsere Aufgabe keine selbstständige Bedeutung zukommt, die anderweite höchst bemerkenswerthe Thatsache, daß bereits in dieser Periode neben dem von dem Rechte sanctionirten Verwandtenkreise: neben der juristischen Familie sammt Gens innerhalb der Sphäre der mores ein zweiter durchaus verschiedener Verwandtenkreis sich vorfindet: in der Sippe, wie solche gegeben ist ebenso in den natürlich Blutsverwandten oder Cognaten in diesem Sinne, wie in den Affinen. Und zwar wird hier die Affinität ebenso auf iustae nuptiae, wie auf sponsalia, die Cognation aber ebenfalls auf iustae nuptiae, im Uebrigen aber gleichmäßig auf das gynäkokratische System der Geburt, wie auf das androkratische System der Erzeugung gestützt, jedoch beidemal die cap. dem. media als Auflösungsgrund anerkannt. Die zu beiden Kreisen gehörigen Personen aber sind innerhalb der Cognation theils die Ascendenten und Descendenten, theils die übrigen Cognaten schlechthin d. s. die bis in dem fünften Grade Verwandten, sowie die sobrini, sobrinae (Geschwisterenkel) aus dem sechsten Grade (A. 1813), wogegen alle übrigen Verwandten des sechsten oder eines ferneren Grades nicht mehr als cognati anerkannt werden, sonach aber die bürgerliche Sitte den Verwandtenkreis enger begränzte, als das Recht. Dagegen innerhalb der Affinität unterscheiden sich theils die Ehegatten, theils die Verlobten, theils die Eltern und Kinder der ersteren (Schwieger- und Stief-Eltern und -Kinder); socer, socrus, gener, nurus, vitricus, noverca, privignus, privigna (A. 1824).

Und solche Sippe nun, welche durch das Fest der caristia oder cara cognatio alljährlich vereinigt ward,[1811]) wird in ihren

---

1811) Vgl. Klenze, a. O. 14 fg. Preller, r. Myth. 484 fg., insbesondere Val. Max. II, 1, 8: convivium — sollemne maiores instituerunt idque caristia appellaverunt, cui praeter cognatos et affines nemo interponebatur. Dann ist es auch die Sippe, welche hervortritt bei den Matralia, dem Feste

Beziehungen und Verkehre regiert von gewissen durch die mores gegebenen Gesetzen und Ordnungen. Denn so nehmen zunächst in der Rangordnung der Treu- und Gewissenspflichten die cognati und affines ihre bestimmte Stelle ein vor den amici (A. 287). Und unter diese Treu- und Gewissenspflichten fällt vor Allem die Verbindlichkeit, dem Cognaten und Affinen, ähnlich wie dem Clienten gegenüber dem Patrone obliegt (A. 301), in Nothlagen mit Rath und That beizustehen und so nun ebensowohl bei außergewöhnlichen Ausgaben ihm eine Beisteuer zu solchen zu leisten, so bei Verurtheilung desselben zu einer höheren Geldstrafe oder bei Dotirung von dessen Tochter oder zum Loskaufe aus der Kriegsgefangenschaft, als auch bei drängenden Arbeiten durch eigene Mithülfe denselben zu unterstützen, nicht minder aber die demselben widerfahrene Verletzung durch öffentliche Anklage zu rächen.[1811a])

Dann wiederum legt die Sitte den so Verbundenen die Verpflichtung der Familientrauer: das officium lugendi auf und zwar unter Androhung der Infamie (§ 40), wobei die Trauerzeit selbst für Ascendenten, Descendenten von oder über 10 Jahren und Gatten auf ein zehnmonatliches Jahr, für andere Cognaten aber und so wohl auch für Affinen auf acht Monate sich erstreckt.[1812])

der Mater Matuta, wo den Matronen das Gebet für das Wohl ihrer Geschwisterkinder oblag: Plut. Cam. 5. Qu. Ro. 17, sowie Preller, a. O. 286; und dann auch wieder in der Sitte, bei gewissen Gelegenheiten gegenseitig sich Geschenke zu verabreichen: A. 304. Im Allgemeinen vgl. endlich noch Plaut. Mil. III, 1, 112 fg.

1811a) Geldbeisteuer: A. 302, sowie Dio Cass. exc. 25 Sturz; Dion. fr. XIII, 5 Mai; Loskauf aus der Kriegsgefangenschaft: App. Ann. 28. — S. 213 fg. vgl. A. 1856. — Zumpt, Crim. Pr. 45: „durch die ganze Geschichte der politischen Criminalanklagen in den großen Familien Roms zieht sich der Gedanken, daß die Angehörigen verpflichtet sind, einander darin beizustehen." — Im Allgemeinen vgl. noch Cic. in Verr. II, 36, 89.

1812) Um Kinder zwischen 3 und 10 Jahren wird nur so viele Monat getrauert, als dieselben Lebensjahre erreicht haben, bei Kindern unter drei Jahren aber tritt gar keine volle Trauer ein: Paul. sent. rec. I, 21, 13. Ulp. ad Ed. (? fr. Vat. 321); Plut. Num. 12. vgl. Fest. v. minuitur p. 154. Die Trauer um Affinen im Allgemeinen ist bereits verschwunden bei Paul. 5 ad Ed. (D. III, 2, 9) und Justinian erkennt nur noch die Trauerpflicht der Wittwe an. Vgl. Klenze, a. O. 32 fg.

Nicht minder greift sodann in jenen Kreis ein das sogenannte ius osculi: die durch die Sitte den Cognaten und Affinen eingeräumte Befugniß, wie zugleich auferlegte Anstandspflicht, die unbescholtene Verwandte mit einem osculum (Anstands-Kuß) als Zeichen verwandtschaftlicher Zuneigung, Werthschätzung und Achtung zu begrüßen.[1813])

Ferner, indem bei Ausübung des iudicium domesticum über uxor, nurus etc. in manu durch die Sitte die Zuziehung der nächsten Verwandten der Schuldigen als Beisitzer des consilium iudicis domestici geboten war, so waren solches nun deren Cognaten und Affinen, da Jene Agnaten nur in der Familie ihres Mannes hatte.[1814])

Und endlich, indem bei unebenbürtiger Ehe (ohne manus) der Affinität zwischen den Gatten keinerlei juristischer Effect ipso iure zukommt, indem nur die dotis constitutio und etwaige cautio rei uxoriae insoweit ein ächtes Rechtsverhältniß zwischen den Gatten begründet, an und für sich dagegen solche Ehe nur ein rechtlich gebilligtes und mit juristischen Folgewirkungen hinsichtlich der Descendenz ausgestattetes Lebensverhältniß, nicht aber selbst ein ächtes und wahres Rechtsverhältniß ist (S. 184), so wird doch wiederum durch die Sitte ebenso das Verbot der Schenkung zwischen den Ehegatten ausgesprochen,[1815]) als auch das gleiche

---

1813) Ueber die wahre Bedeutung dieses ius osculi irrt Klenze a. O. 18 fg.; dieselbe wird jedoch mit voller Bestimmtheit gegeben von Cic. de Rep. IV, 6, 6: si qua erat famosa, ei cognati osculum non ferebant, somit das osculum (im Unterschiede von suavium und basium) wurde versagt der bescholtenen Verwandten und war daher ebenso Ehren-Recht, wie -Pflicht zwischen Verwandten. Im Uebrigen vgl. Cat. bei Plin. H. N. XIV, 13, 90 und Gell. X, 23, 1. Fest. p. 197, 31. Polyb. bei Athen. Deipn. X, 11 p. 440. Plut. Qu. Rom. 6. Tert. Apol. 6. Arnob. adv. Gent. II, 67 (wo die affines ausdrücklich genannt werden); Schol. Veron. in Verg. Ecl. VIII, 29; dann wieder Plaut. Stich. I, 2, 32 fg. und Nervol. bei Tert. cit. Juv. VI, 51. Suet. Claud. 26. Nach Polyb. erstreckt sich das ius osculi bis auf die sobrini d. h. auf den 5 Grad und auf sobrinus, sobrina der Verwandten der Frau, wie resp. ihres Mannes. Im Allgemeinen vgl. noch Moser zu Cic. de Rep. p. 427.

1814) Vgl. Danz, R. G. § 190 unter f. Voigt, lex Maenia § 9, sowie A. 1922.

1815) Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 1): moribus apud nos receptum

Maaß wechselseitiger Pflichten, welches bei der Ehe mit manus als ein durch die mores gegebener Pflichtengehalt sich vorfindet, auch mit jener Affinität verknüpft, so die Pflicht des Mannes zu standesgemäßem Unterhalte der Frau, wie zu deren Schutz, die Pflicht der Frau zu Beaufsichtigung und Verwaltung des Hauswesens, zu Erziehung der Kinder, zu Respect und Gehorsam gegen den Mann, und so denn nun auch die Disciplinargewalt des Mannes über die Frau, welche neben dem deren paterfamilias oder tutor zustehenden iudicium domesticum eingreift.[1816])

§ 151.

2. Die historische Ausprägung der Principien von der Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St. bis zum Zeitalter Cicero's.

Indem in diesem Zeitraume die sanguinis ratio Eingang in das Recht gewinnt und ebenso die Cognation, wie die Affinität mit juristischer Wirksamkeit bekleidet werden, so wird die letztere ebenso auf die Ehe, wie auf das Verlöbniß gestützt (A. 1824), die erstere dagegen theils auf Zeugung in römisch-rechtlichem matrimonium, theils auf die Geburt von der civis Romana, theils auf die nach Maaßgabe des rigor durch Rechtsact begründete Verwandtschaft innerhalb der dort gesetzten Gränzen (A. 1795). Im Uebrigen wird dem Grundsatze Geltung eingeräumt, daß die cap. dem. minima die natürliche Blutsverwandtschaft, wie Affinität nicht löse (A. 1794), was in ersterer Beziehung namentlich in der B. P. unde cognati sich ausprägt (A. 1825).

Die verwandtschaftsrechtlichen Ordnungen selbst aber werden in ihrer Entwickelung durch drei verschiedene Tendenzen bestimmt: einmal der natürlichen Blutsverwandtschaft: der Cognation i. e. S.,

---

est, ne inter virum et uxorem donationes valerent; vgl. Carac. bei dems. (D. cit. 3. pr.); vgl. auch Brinz, Pand. § 283 unter 5. § 284.

1816) Indirect griff allerdings hier allenthalben auch das Recht insofern ein, als die Verletzung solcher Pflichten einen Ehescheidungsgrund ergab, der Moment aber: cuius culpa divortium factum sit wiederum von wesentlichem Einfluße auf das Schicksal der dos war: Voigt, a. O. § 8. Bedeutungswechsel 10 fg. Wegen der Disciplinargewalt insbesondere des Ehemannes s. Voigt, a. O. 28.

wie der Affinität auch eine juristische Relevanz und Wirksamkeit beizulegen; sodann für den Verwandtschaftskreis innerhalb des Rechtes eine andere und neue Begränzung zu setzen; endlich das Familienvermögen der Familie zu erhalten und dessen Uebergang in fremde Hände abzuwehren, eine Tendenz, die zwar nicht unmittelbar der sanguinis ratio angehört, vielmehr die Stellung der beiden Geschlechter innerhalb des Rechtes berührt, wohl aber in ihren Kundgebungen in deren Sphäre übergreift.

Und zwar was zunächst den zweiten jener drei Momente betrifft, so wird zunächst die Affinität innerhalb des von der bürgerlichen Sitte und Volksanschauung anerkannten Personenkreises (§ 150) vom Rechte adoptirt und mit juristischem Effecte bekleidet: zwischen Gatten, Verlobten, wie zwischen Schwieger- und Stief-Eltern und -Kindern (A. 1824). Und in der gleichen Weise gelangt bezüglich der Cognation i. w. S. die Tendenz zur Geltung, dieselbe, der Volksanschauung und Sitte entsprechend (A. 1813), auf den fünften Grad sammt sobrini, sobrinae zu beschränken, dagegen aller anderweiten Verwandtschaft, abweichend vom rigor, die Relevanz zu versagen, eine Thatsache, welche sich bekundet in der lex Cincia von 550, lex repetund. in C. J. L. I no. 198, lex Cornelia de iniuriis von 673, lex Julia repetund. von 695, leges Juliae de vi publica und privata von 708[1817]) und so

1817) Lex Cincia in fr. Vat. 298: sive quis cognatus, cognata inter se, dum sobrinus, sobrina propiusve eos sit, — eis omnibus inter se donare capere liceto; lex repet. im C. J. L. I no 198 lin. 10, wonach vom Proceßpatronate für den accusator ausgeschlossen sind des Angeklagten: [gener, socer, vitricus privignusve — queive ei sobrinus siet pro]piusve eum ea cognatione ati(n)gat; lin. 22, wonach vom Richteramte ausgeschlossen sind des Angeklagten: gener, socer, vitricus privignusve — queive ei sobrinus [siet propiusve eum ea cognatione atingat]; lex Cornel. de iniur. nach Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 10, 5. pr.): ut non iudicent, qui ei, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus sobrinusve est propiusve eorum quemquam ea cognatione affinitateve attinget; lex Jul. repet. bei Marc. 14 Jnst. (D. XLVIII, 11, 1. § 1): licet accipere a sobrinis propioreve gradu cognatis suis, uxore, wo das Nachfolgende von Tribon. abgeschnitten und zu ergänzen ist: sponsa, socero, socru, genere, nuru, vitrica, noverca, privigno, privigna; leg. Jul. de vi publ. und priv. nach Ulp. 9 ad Off. proc. (Collat. IX, 2, 3): hi homines inviti in reum testimonium ne dicunto: qui sobrinus est ei reo propioreve cognatione coniunctus quive socer, gener, vitricus privig-

nun auch in der jüngeren Begränzung der verwandtschaftlichen Ehehindernisse.[1818]) Dahingegen wurden durch jene jüngere Abgränzung des Verwandtschaftskreises die altüberlieferten bezüglichen Bestimmungen hinsichtlich der hereditas legitima, Tutel, wie cura furiosi und prodigi nicht betroffen, während wiederum die bon. poss. unde cognati an die hereditas agnatorum sich anschloß und auf den gesammten sechsten Grad sich erstreckte,[1819]) und dann wiederum die ganz singuläre Ordnung der lex Furia testamentaria, indem sie nicht allein den ganzen sechsten Grad, sondern auch den sobrino, sobrina natus eximirte,[1820]) daraus sich erklärt, daß darin eine Concession an den Lebensverkehr enthalten war, dem durch jene lex eine ganz neue Beschränkung der durch die XII Tafeln eingeräumten Testirfreiheit auferlegt wurde. Dagegen sind es ganz specifische Gesichtspunkte, welche die Bestimmung des Personenkreises der lex Pompeia de paricidiis von

---

nusve erit. Im Allgemeinen vgl. Cic. de Off. I, 17, 54 f. § 152. — Dagegen ist singulär, daß die lex Cincia bezüglich der constitutio dotis alle cognati ohne jede Gradbeschränkung eximirte: Paul. 71 ad Ed. (fr. Vat. 305. 306) und daß wiederum rücksichtlich der Excusation vom Zeugnisse im Civilprocesse die Cognaten nur bis zum vierten Grade eximirt werden von der lex col. Jul. Genet. v. 710 c. 95: neve quem invitum testimonium dicere cogito, [q]ui ei, [cuia] r(es) tum agetur, gener, socer, vitricus, privignus, — consobrinus [sit] propiusve eum ea cognatione affinitat[e]ve contingat.

1818) Tac. Ann. XII, 6: coniugia — sobrinarum diu ignorata; Plut. Qu. Ro. 6, wonach das Eheverbot soweit reicht, als das ius osculi (A. 1812): Klenze, a. O. 19. Diese Ehen im sechsten Grade mit Ausnahme der sobrina treten als gestattet bereits zu Ausgang des vorigen Zeitraumes auf: A. 1809.

1819) Dies ergiebt Trebat. bei Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 18) in § 150 unter 2. Wegen des späteren Rechtes s. A. 1847. 1849.

1820) Paul. 71 ad Ed. (fr. Vat. 301): lex Furia — sex gradus et unam personam septimo gradu excepit: sobrino natum; vgl. Paul. cit. (fr. Vat. 299), sowie A. 1847. Die lex fällt zwischen die lex Cincia v. 550 und Voconia v. 585; denn das Erstere ist daraus zu entnehmen, daß sie im Ansatze der Verwandtschaftsgrade, worauf eine permissiv gesetzliche Ausnahme von einem generellen Prohibitivgesetze gestützt wird, um einen Grad weiter geht, als jene: Schrader in Hugo's civ. Mag. V, 166. Der Einwand von Göppert de leg. Fur. 4 wider dies Argument verfängt nicht, da die Gradbestimmung nicht der verwandtschaftsrechtlichen Ordnungen im Allgemeinen, sondern der permissiv gesetzlichen Ausnahmen insbesondere das tertium comparationis ergiebt. Vgl. auch Kuntze, Inst. II, 153 fg.

699 oder 702 ergeben,[1821]) während endlich in den diesem Abschnitte angehörigen jüngeren Begränzungen der verwandtschaftlichen Ehehindernisse bis herab auf den dritten Grad der Seitenlinie[1822]) der ganz neue Gedanke zur Verwirklichung gelangt, daß die juristisch anerkannte Verwandtschaft nicht schlechthin, sondern lediglich bis zu gewissem näherem Grade ein Ehehinderniß ergebe. Und der gleiche Gesichtspunkt gelangt auch in dem Edicte Infamia notatur zur Geltung (A. 1824).

Sodann die anderweite Tendenz, das Familienvermögen der Familie zu erhalten und dessen Uebergang in andere Hände zu behindern, greift in zwei verschiedenen Rechtsordnungen in die

---

1821) Die lex Pompeia unterstellte nach Marcian 14 Jnst (D. XLVIII, 9, 1. 3), wozu vgl. Paul. sent. rec. V, 24. J. Just. IV, 18, 6 dem paricidium den Mord von folgenden Personen: A. von Verwandten: pater, mater, avus, avia, nicht aber fernerer Ascendenten; dann von filius, filia, Seitens der Mutter (und wohl der nurus Seitens der Schwiegermutter), wie von nepos[, neptis] Seitens avus[, avia], nicht aber innerhalb anderer Descendenzverhältnisse; endlich im 2. Grade der Seitenlinie: von frater, soror; im 3. Grade: von patruelis und matruelis (sc. filii, filiae d. s. Neffen, wie Nichten), sowie von patruus, avunculus, amita und matertera (Hal.), und im 4. Grade von consobrinus, consobrina, nicht aber derer, qui pari priorieve gradu sunt, d. h. weder im 4. Grade von patruus magnus und dergl. oder von fratris nepos und dergl., noch im 3. Grade von proavus, proavia, pronepos, proneptis; B. von Affinen: theils von vir und uxor, theils von sponsus (nach Maaßgabe von A. 1853. 1855), theils von gener, socer (nach Maaßgabe von A. 1855), socrus, vitricus, privignus, privigna, nicht aber von noverca und sponsa. Den nämlichen Personen gestand man später die Accusationsbefugniß zu: Paul. de Poen. (D. cit. 10).

1822) Von dem in A. 1818 festgehaltenen Eheverbote ab werden in dem gegenwärtigen Zeitraume die Ehen in immer engeren Verwandtschaftskreisen gestattet; und zwar sind hierfür zwei verschiedene Entwickelungsphasen zu scheiden: zuerst werden gestattet die Ehen mit der sobrina, wie auch im fünften Grade, so daß das Eheverbot bis auf den vierten Grad sich erstreckt: Ulp. V, 6 (Collat. VI, 2, 2): inter cognatos — ex trasverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant; und sodann werden die Ehen gestattet im vierten Grade und so insbesondere mit der consobrina, so daß das Eheverbot auf den dritten Grad sich beschränkt: Plut. Qu. Ro. 6: ὀψὲ συνεχώρησαν ἀνεψιαῖς συνοικεῖν, und eine solche Ehe bekundet bereits für 583 Liv. XLII, 34, 3; und dann Plut. Ant. 9. Brut. 13 vgl. A. 1863. Eine Ehe in dem fünften Grade erwähnt Cic. p. Cluent. 5, 11.

Sphäre des hier maaßgebenden Principes ein:[1823]) nämlich theils in dem Pflichttheilsrechte, theils in der Minderung des Intestaterbrechtes der agnatae, die durch eine zwiefache Operation der Interpretatio herbeigeführt ward: indem man zuerst zwischen die sui und proximi agnati der XII Tafeln als eigene Erbclasse die consanguinei einschob, und sodann nun den Weibern lediglich in solchen beiden ersten Classen: als suae und als consanguineae ihr Erbrecht belieẞ, dagegen in der dritten Classe: als agnatae solches absprach (A. 429 fg.).

Endlich die erste jener drei Tendenzen ist es, welche ganz unmittelbar die Ueberleitung der von der Volksanschauung und bürgerlichen Sitte vertretenen, der sanguinis ratio oder aequitas unterfallenden Verwandtschafts-Verhältnisse in das Recht, somit deren Relevanz-Erklärung auch in juristischer Beziehung vermittelt: der Cognation i. w. S. und Affinität. Und diese Tendenz findet ihre Verwirklichung zuerst durch die Legislation, welche, wie obbemerkt, normaler Weise als maaßgebenden Verwandtschaftsgrad anerkennt den fünften Grad und aus dem sechsten Grade noch sobrinus, sobrina, der Affinität dagegen für die Dauer des dieselben begründenden Verhältnisses Relevanz beimißt zwischen den Gatten, zwischen den Verlobten und zwischen den Schwieger- und Stief-Eltern, wie -Kindern, und so zwar die lex Cincia de donis ac muneribus von 550, lex repetund. in C. J. L. I no. 198, lex Cornelia de iniuriis von 673, lex Julia repetund. von 695, leges Juliae de vi publica und privata von 708, wie resp. die lex Furia testamentaria von 551—584 und lex Pompeia de paricidiis von 699 oder 702, wie endlich in dem Edicte Infamia notatur.[1824]) Und nicht minder gewinnt jene Tendenz

---

1823) Dagegen sind in dieser Beziehung von keinem unmittelbaren Einflusse auf die Geschichte der sanguinis ratio die Einschränkung der testamenti factio der Frauen, während die Erschwerung von Schenkungen und Legaten der lex Cincia de donis und der lex Furia testam. und deren Zurücksetzung der sobrino, sobrina nata gegenüber dem sobrino, sobrina natus nur in den oberörterten Richtungen in Betracht kommen.

1824) In Betreff der Cognation i. w. S. s. A. 1817. Vir und uxor, sponsus und sponsa, wie socrus, nurus, noverca, privigna kommen gar nicht in Betracht bei den von der lex repetund., Cornelia de ini., den leges Juliae de vi und der lex col. Jul. Genet. berührten Verhältnissen, daher

auch in dem honorarischen Rechte ihre Ausprägung: theils in der B. P. unde cognati, wodurch die Cognaten i. w. S. bis zu und mit dem sechsten Grade zur erbrechtlichen Succession berufen werden,[1825] theils in der a. rerum amotarum.[1826]

Ingleichen gehört dieser Tendenz auch an das Pflichttheilsrecht mit seiner querela inofficiosi testamenti, ein Institut, welches aus der Spruchpraxis des Centumviralgerichtshofes sich entwickelt und von der altrömischen Auffassung des zwischen gewissen Personen obwaltenden officium ausgeht. Denn indem solches officium Inbegriff und Träger von Pflichten ist, welche, die Stellung und Beziehungen des Verpflichteten zu dem anderen Theile regelnd, selbst von der Grundlage des nackten Rechtes sich abheben, vielmehr der Sphäre der moralischen Gewissenhaftigkeit: der treuen und redlichen Fürsorge anheimfallen und so nun insbesondere an den Ersteren die Anforderung bester, wie mög-

---

dieselben nur den gener, socer, vitricus und privignus nennen: A. 1817. Dagegen werden alle die obigen Affinen aufgeführt von der lex Cincia: Paul. 71 ad Ed. (fr. Vat. 302. 303, wo der gener in der Handschr. ausgefallen ist), der lex Furia und lex Pompeia, obwohl in letzterer mit Ausschluß der noverca und sponsa: A. 1821. Denn was die lex Furia insbesondere betrifft, so excipirte diese alle von der lex Cincia excipirten Personen: Paul. cit. (fr. Vat. 301); vgl. A. 1820. — Edict in Dig. III, 1, 1. § 11: pro alio ne postulent, praeterquam pro parente — liberisve suis, fratre, sorore, uxore, socero, socru, genero, nuru, vitrico, noverca, privigno, privigna, wozu vgl. Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 1, 3. § 1) und A. 1412, und wo die sponsa erst von der nächsten Periode beseitigt ist: A. 1852. Im Allgemeinen vgl. noch Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 3—5).

1825) A. 1819. 1795. Diese B. P. bekundet Cic. p. Cluent. 60, 165. und Val. Max. in A. 1827; vgl. Cic. Part. Or. 28, 98. Eine neue Ansicht stellt auf Leist in Glück, Pand. Bücher 37. 38. I, 63 fg.: nur bezüglich der auf civilrechtlich-honorarischen Titel gestützten B. P.: sec. tab. und unde legitimi ist der Delationsgrund im Edict specialisirt, wogegen bezüglich der auf rein honorarischen Titel gestützten B. P. nur eine clausula generalis („si iusta causa videbitur esse" oder dergl.) proponirt ist; allein dies wird widerlegt durch die B. P. patroni contra suos non naturales (A. 1828), wie ex Carboniano edicto, welche die Specialisirung rein honorarischer Delationstitel bekunden.

1826) Dieselbe ist bekannt dem Ofil. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 3. § 3). Ihre Extension auf den socer gegenüber der nurus gehört dagegen erst der folgenden Periode an: Atilicin. und Fulcin. bei Paul. cit. (D. cit. 6. pr.); vgl. Brinz, Pand. § 283 unter 4.

lichster Wahrung und Förderung der Interessen des Letzteren richten; so gelangte nun gegen Ausgang dieser Periode die Idee zur Geltung, daß solches officium der Kinder gegenüber den Eltern auch in dem Tode noch seine Wirksamkeit übe und insbesondere die Verpflichtung auferlege, dem anderen Theile, dafern solcher nächster Intestaterbe ist und durch sein Verhalten nicht selbst jenes officium verwirkt hat, nicht durch Erbeinsetzung eines Dritten sein Erbtheil zu entziehen, da andernfalls solches Testament eine Verletzung jenes officium enthalte: inofficiosum sei; und daß sodann solches officium in dieser Richtung auch den Eltern gegenüber den Kindern und den Geschwistern gegen einander obliege. Und indem man nun in dieser erbrechtlichen Beziehung solches officium als ächte Rechtspflicht anerkannte, das inofficiöse Testament gleich dem eines Wahnsinnigen, somit als nichtig behandelte und in Consequenz dessen somit dem Verletzten die hered. petitio ab intestato unter der besonderen Qualification einer querela inofficiosi testamenti, obwohl lediglich in Form der leg. a. sacram. zuerkannte, so gelangte man damit zugleich zu einer zwiefältigen ganz eigenthümlichen Consequenz: zunächst indem für die Zuständigkeit jener Querel lediglich das Vorhandensein von solchem Officium, somit in letzter Instanz lediglich das naturgesetzliche Verwandtschafts-Band an sich: zwischen Eltern und Kindern, wie zwischen Geschwistern entscheidend ist, so bleibt die Gradesnähe der juristischen Erbberechtigung an sich ganz unmaaßgeblich: die Querel steht ebenso den in erster und zweiter Classe erbberechtigten sui und consanguinei, als auch den erst zur B. P. unde cognati Berufenen: den liberi in adoptionem dati oder emancipati, dem pater naturalis, der mater außerhalb der manus mariti, den uterini zu, wogegen sie anderen näheren Erben: dem agnatus, patronus, gentilis versagt bleibt; und sodann indem wiederum nur dem legitimus heres die hered. pet. und somit die Querel zusteht, nicht aber dem bon. possessor, so muß nun dem Letzteren auf künstlichem Wege zu solchem Rechtsmittel verholfen werden, was der Prätor durch Ertheilung der B. P. litis ordinandae gratia: einer legitimatio ad causam zu Anstellung der Querel bewirkte.[1827])

1827) Die Theorie vom Pflichttheilsrechte geht aus von einer inter-

Endlich tritt noch dem rigor direct entgegen die in dem Edicte proponirte B. P. intestati des Patrones gegenüber den sui non naturales des libertus: filius adoptivus, wie uxor, nurus in manu, sowie die Zulassung der B. P. patroni contra tabulas auf dimidia pars gegenüber den Nämlichen,[1828]) Bestimmungen, die von dem Grundsatze sich entfernen, daß auch die nach Maaßgabe des rigor künstlich begründete Verwandtschaft von der aequitas zu respectiren ist.

Dahingegen auf dem Fundamente des rigor und der civilen Verwandtschaft behaupten sich nicht allein die dem ersten Abschnitte angehörigen Rechtsordnungen und namentlich die patria

---

pretativen Operation, welche das Testament, weil inofficiosum (Cic. in Verr. II, I, 42, 107), als quasi furiosi behandelt und deren Organ der Centumviralgerichtshof ist: S. 291. Bering, Erbrt. 389 A. 1. In dieser Periode aber wird die Querel bekundet in Anwendung zum Schutze theils der civilen Erben: des Bruders gegenüber dem consangiuneus: Val. Max. VII, 8, 4, wozu vgl. Varr. RR. III, 12, 2, und der Tochter gleich als consanguinea gegenüber der in manu mariti gestandenen Mutter: Val. Max. VII, 8, 2., theils des bon. possessor: des pater naturalis gegenüber dem filius in adoptionem datus: Val. Max. VII, 7, 5 v. J. 684, wozu vgl. Leist in Glück, Pand. Bücher 37 fg. I, 71 fg., und des filius in adoptionem datus gegenüber dem pater naturalis: Val. Max. VII, 7, 2 aus der Zeit Pompeius und vor 705, wozu vgl. Schmidt, Rt. der Notherben 69 A. 10, somit beidemale des zur B. P. unde cognati Berufenen und somit vermittelt durch B. P. litis ordin. gr.; vgl. Bering, a. O. 390 A. 3. An der Querel des bon. possessor aber ist das Merkwürdigste, daß dieselbe als leg. a. sicher nicht ficticia war. Von Fixirung des Pflichttheiles als Quote der Intestaterbportion findet sich keine Spur: vgl. Val. Max. VII, 8, 4. Wegen des Wesens des officium vgl. A. 287. Brinz, Pand. § 245. 282 unter 1. Im Uebrigen vgl. A. 1913 fg.

1828) Gegenüber den sui naturales versagt solche B. P. ebenso, wie späterhin gegenüber den emancipati und in adoptionem dati: A. 1904. Ueber das Edict selbst s. Gai. III, 41 (J. Just. III, 7, 1). 45—47. 50. 52. 53. Ulp. XXIX, 1. 5. 6. Dasselbe ist nicht allein älter als die lex Julia et Pap. Popp.: Gai. III, 42, sondern auch älter, als die a. Fabiana und Calvisiana, deren erstere i. J. 707 von Qu. Fabius Maximus Sanga, Cos. 709 und somit praet. 707 eingeführt ward: vgl. du Rieu, de gente Fabia 422 fg., und deren letztere im J. 708 von C. Calvisius Sabinus proponirt ward, der als propraet. im J. 709 von Cäsar die Provinz Afrika erhielt.: vgl. Pauly, Realenc. I, 104 und somit im J. 708 praet. war. Das Vorbild beider Klagen ist die a. Pauliana.

potestas sammt manus mariti, hereditas sammt tutela und cura legitima, sowie die Ehehindernisse, sondern es tritt jetzt dazu auch noch die B. P. unde legitimi, wie das Notherbrecht, welches, in dem Falle, daß die sui nicht zu Erben eingesetzt werden, bezüglich der filii und postumi deren exhereditatio nominatim facta, bezüglich der filiae, postumae, neptes, nepotes u. s. w. deren exhereditatio nominatim oder inter ceteros facta erfordernd, bei Verletzung solchen Gebotes den filii, postumi und postumae hered. petit. ab intestato gab, das Testament als ruptum behandelnd, den nepotes, neptes u. s. w. dagegen eine personale Accrescenz zum heres institutus verlieh.[1829])

Nach Alle dem aber werden die neuen verwandtschaftsrechtlichen Ordnungen, welche während des gegenwärtigen Abschnittes innerhalb der Sphäre des Privatrechtes geschaffen sind, zum einen Theile zwar noch auf das Princip des rigor gestützt: in dem Notherbrechte und der B. P. unde legitimi, allein hierin doch nur bestimmt durch die besondere Function solcher Ordnungen, während im Uebrigen die Neubildungen auf die sanguinis ratio übertreten, und zwar bezüglich der Cognaten in der B. P. unde cognati, und bezüglich der Cognaten und Affinen in der durch die lex Cornelia gesetzten Ausschließung vom Richteramte und in den permissivgesetzlichen Bestimmungen der leges Cincia, Furia, Julia repetund., des Edictes Infamia notatur, wie nicht minder in der Excusation vom criminellen und civilprocessualischen Zeugnisse der leges Juliae de vi publica und privata, und lex col. Jul. Genet.; dann in der von den leges Licinia und Aebutia vorgeschriebenen Ausschließung von außerordentlichen Magistra-

---

1829) Bezüglich der postumae wird jedoch dann, wenn ihnen gar Nichts im Testamente hinterlassen ist, exhered. nominatim facta erfordert. — Das Notherbrecht gehört sicher dieser Periode an: Schmidt, a. O. 17 A. 41 und entwickelte sich aus der Praxis des Centumviralgerichtshofes: Justinian. im Cod. VI, 28, 4. pr. Danz, r. R. G. § 160 überweist bereits den XII Taf. die beiden Sätze: die sui heredes haben ein eigenartiges Erbrecht: die domestica hereditas, und: diese Eigenartigkeit bekundet sich unter Anderem darin, daß solches denselben nur durch Exheredation entzogen werden kann, ihre Präterition daher das Testament rumpirt; allein für wie richtig ich auch die erstere These halte, so scheinen mir doch der zweiten gewichtige Bedenken entgegenzustehen.

turen,[1829a]) wie endlich bezüglich der Eltern, Kinder und Geschwister in der querela inofficiosi.

Im Uebrigen setzen in dieser Periode auch gewisse verwandtschaftliche Rechtsordnungen ein, welche, die Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern regelnd, auf Gesichtspunkten und Voraussetzungen beruhen, die, erst in der nächsten Periode an Bedeutung und Ausdehnung gewinnend, am Geeignetsten dort zur Darstellung zu bringen sind (A. 1886).

Endlich gehören diesem Zeitraume noch an zwei Neuerungen, deren eine von Vorn herein von weittragendster Bedeutung ist: die Substituirung nämlich des römisch rechtlichen matrimonium im Allgemeinen an Stelle der iustae nuptiae als Grundlage der Cognation und Affinität, deren andere aber, bereits jetzt zwar in der B. P. unde cognati practische Bedeutung gewinnend, doch eine gesteigerte Wichtigkeit erst in der nächsten Periode mit ihren mannichfachen, auf die Verwandtschaft zwischen Mutter und Kind gestützten Rechten erlangt: die Modification von der Mutterfolge der nothi durch die lex Maenia de dote von 568. Während nämlich, die geschlechtliche Verbindung zwischen cives romani oder romanae und den des römischen conubium nicht theilhaften Peregrinen von Alters her nicht als Ehe galt und dem entsprechend das liberos matrem sequi zur Folge hatte, somit aber insbesondere die in solcher Verbindung der Bürgerin mit dem Peregrinen erzeugten Kinder: die nothi[1830]) nach römischen Rechtsgrundsätzen zwar cives romani waren, allein weder Agnaten, noch Gentilen und weder Intestaterbrecht, noch einen tutor legitimus hatten; so vollzog sich nun bezüglich jener Verhältnisse in der Mitte des 6. Jahrhunderts d. St. ein ganz singulärer Proceß: ein höchst eigenthümlicher Umschwung in deren theoretischer Auffassung. Denn veranlaßt durch das häufigere Vorkommen derartiger ehemäßiger Verhältnisse, welches

1829a) Zur Ausschließung vom criminellen Zeugnisse vgl. noch Sev. und Car. bei Ulp. 8 de Off. Proc. (D. XLVIII, 18, 1. § 10), sowie Geib, Crim. Pr. 337. Wegen der leges Licinia und Aebutia: Cic. de leg. agr. II, 8, 21: Licinia est lex et altera Aebutia, quae non modo eum, qui tulerit de aliqua curatione ac potestate, sed etiam — eius cognatos, affines excipit, ne eis ea potestas curatiove mandetur; vgl. p. dom. 20, 51.

1830) Vgl. Thl. II § 12 und 653 fg. Voigt, a. O. § 13.

insbesondere für das Jahr 565 ausdrücklich bekundet wird, statuirte jetzt die Volksanschauung einen potentiellen Unterschied zwischen jenen ehemäßigen Verbindungen und den schlechthin außerehelichen Geschlechtsverhältnissen: man erkannte die ersteren, unbeschadet des Grundsatzes der Mutterfolge der Kinder, als wirkliche Ehen: als matrimonium an, ohne jedoch dieselben sei es als iustae nuptiae oder iustum matrimonium dem ius civile Roman., sei es dem ius civile peregrinorum der peregrinen Ehegattin zu überweisen, ohne aber auch wiederum dieselben zu einem matrimonium iuris gentium theoretisch zu gestalten, indem ja doch die Wirkungen solcher Ehe nicht iuris communis omnium hominum waren, vielmehr ebenso die iustae nuptiae, wie die Ehen der iura civilia peregrinorum wesentlich verschiedene, ja widersprechende Rechtswirkungen hatten, wie z. B. die Vaterfolge des Kindes.[1831]) Vielmehr war es ein durchaus generalisirter Begriff der Ehe im Allgemeinen, der, durch eine reine Abstraction aus den durch die verschiedenen iura civilia gegebenen Sondererscheinungen der Ehe gewonnen, auf die ehemäßigen Verbindungen zwischen den des conubium nicht Theilhaften übertragen und hier doctrinell zum non iustum matrimonium construirt ward. Bezüglich der Rechtswirkungen im Besonderen aber, welche mit solcher Ehe sich verknüpften, fehlte es der Theorie, wie Praxis an jedem Stützpunkte für Entscheidung der Detailfragen: denn während einerseits das Wesen des matrimonium gewisse Rechtswirkungen der Ehe ohne Weiteres bedingte, so resultirte andrer-

---

1831) Dies ist auch bei den matrimonia iuris peregrini Regel: Gai. I, 77. 92, wenn auch nicht ohne Ausnahme: A. 1786. — Wenn irgendwo im röm. Rechte das apud omnes gentes custodiri als wesentliches und constitutives Merkmal für die Ueberweisung eines Rechtsinstitutes an das ius gentium wirklich verwerthet worden wäre, so bot sich für die obige Ehe die nächste und fast dringende Veranlassung. Allein dennoch ist solche theoretische Construction nicht erfolgt: Begriff, wie Bezeichnung von matrimonium iuris gentium sind den Römern durchaus fremd, ja vielmehr die technische Bezeichnung solcher Ehe war non iustum matrimonium: Beil. X § VI. Gleichwohl läßt solche Ehe dem ächten ius gentium sich überweisen, obwohl mit der Beschränkung, daß dieselbe nur dem ius inter cives et peregrinos, nicht aber dem ius inter cives angehört; und dann knüpfen sich an dieselbe auch gewisse Sätze des ius gentium, so bezüglich des incestus iuris gentium, gewisse dotalrechtliche Satzungen u. a. m.

seits wiederum die mangelnde Qualification als iustum den Wegfall einer Mehrzahl anderer, an die iustae nuptiae sich knüpfender Effecte. Je gewichtvoller nun aber die hierdurch betroffenen Interessen der Gatten und Kinder waren und je unerträglicher somit solche Zweifel und Ungewißheiten dem Leben wurden, um so schleuniger erheischten auch dieselben ihre endgültige Lösung. Und dies nun geschah in der That durch die lex Maenia de dote von 568, welche die beiden wichtigsten, durch jene Zweifel betroffenen Punkte regelte: einmal die Dotalverhältnisse zwischen den Gatten sammt der a. rei uxoriae,[1832]) wie anderentheils die juristische Stellung der Kinder. Und zwar bezüglich dieses letzteren, hier allein in Betracht kommenden Punktes hob die lex Maenia das Princip der Mutterfolge auf und substituirte demselben den völlig neuen und im römischen Rechte ganz singulären Grundsatz: die Kinder folgen der ärgeren Hand, damit nun die Descendenz aus der Ehe ebenso des peregrinus mit der civis romana, wie des civis romanus mit der peregrina dem ius civile des betreffenden peregrinen Gatten überweisend und damit in einfacher Consequenz alle verwandtschaftsrechtlichen Verhältnisse des Kindes von dem ius civile romanor. ausschließend (A. 1792):

Cic. Top. 4, 20: si mulier, cum fuisset nupta cum eo, quicum conubium non esset, nuntium remisit, quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet;

Boëth. in h. l. p. 304. 362, wozu vgl. Voigt, lex Maenia A. 93;

Gai. I, 78 fg.: quod autem diximus (§ 75) inter civem romanam peregrin[umque conubio non interveniente eum, qui] nascitur, peregrin[um esse, lex Mennia efficit, qua cautum] est, ut si is quidem e matri[monio nascatur,] parentis condicionem s[equatur]. Eadem lege [de

1832) Vgl. A. 1338. Voigt, a. O. § 11 fg. Auch die spätere Zeit griff in solcher Richtung ergänzend ein, so z. B. Pap. 15 Resp. (Collat. IV, 5, 1): civis romanus, qui sine conubio civem peregrinam in matrimonio habuit, iure quidem mariti eam adulteram non postulat (sc. ex lege Julia de adult.); Macer 1 Publ. (D. XLVIII, 5, 24. § 3): eos ius occidendi (sc. ex leg. Jul. de adult.) habere, qui iure — mariti — accusare possunt.

matrimon]io civis Romani [quoque] ca[vetur, ut] si peregrinam, [cum] qua ei conubium non sit, uxorem [duxerit], peregrinus ex eo coitu nascatur. Sed hoc maxime casu necessaria lex M[en]nia [fuit]. Nam remota ea lege q[ui nascitur] condicionem seq[uitur matris, quia ex ea, cum qua non] est conubium, qui nascitur, iure gentium matris condicione[m] accedit. Qua parte autem iubet lex ex cive romano et peregrina peregrinum nasci, supervacua videtur [esse]; (§ 79) nam et remota ea lege hoc utique iure gentium futurum erat;

Ulp. V, 8: liberi — non interveniente conubio matris condition[i] accedunt excepto eo, qui ex peregrino et cive romana peregrinus nascitur, quoniam lex Men[n]ia ex alterutro peregrino nat[um] deterior[i]s parent[i]s conditione[m] sequi iubet; wozu vgl. 27 ad Sab. (D. I, 5, 24): lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.

Allerdings zwar wird gegen die Bezüglichkeit von Cic. Top. cit. auf die lex Maenia de dote von Arndts in Ztschr. f. R. G. VII, 10 fg. das Bedenken erhoben, daß, weil Cicero schlechthin sagt: si mulier, cum fuisset nupta cum eo, quicum conubium non esset, solcher Ausspruch ebenso die Ehe des peregrinus mit der civis romana, als des civis romanus mit der peregrina umfasse, somit aber ersteren Falles der nothus, weil „patrem non sequitur," civis romanus sei und diesfalls nun Cicero's Ausspruch nicht der Rechtsordnung der lex Maenia entsprechen würde. Allein wenn ich selbst bei meiner abweichenden Auffassung von Cic. Top. lediglich ein von unserer Jurisprudenz in den zahlreichsten Fällen und ganz allgemein beobachtetes Verfahren angewendet d. h. der Annahme Raum gegeben habe, daß bei Darlegung eines Thatbestandes in den Quellen vielfach ein thatbeständlicher Moment als selbstverständlich vorausgesetzt und sonach stillschweigend übergangen sei, und so nun im Besonderen auch Cicero als selbstverständlich unausgesprochen gelassen habe, daß unter dem Ehemanne ein civis romanus, nicht aber ein peregrinus zu verstehen sei, so ergiebt sich überdem die vollste Berechtigung, ja die unbedingte

Nothwendigkeit jenes von mir beobachteten Verfahrens aus folgenden Momenten. Wie in den zahlreichen juristischen Vorkommnissen und Verhältnissen, welche in Cic. Top. im Allgemeinen zur Sprache kommen, ausnahmelos nur Rechtsverhältnisse in Frage stehen, welche auf das ius civile Rom. im Gegensatze zu einem ius civile peregrin. sich stützen, so gilt Gleiches insbesondere auch von Top. 4; denn Cic. behandelt hier folgende Vorkommnisse: argentum omne mulieri legatum: § 13; Fabiae pecunia legata: § 14; uxori a viro argentum omne legatum: § 16; mulieri a viro bonorum ususfructus legatus: § 17; testamentum a muliere factum, quae se capite nunquam deminuit: § 18; viri culpa factum divortium, etsi mulier nuntium remisit: § 19; uxori a patrefamilias ancillarum ususfructus legatus: § 21; mulier, quae viro in manum convenit: § 23. Und zwar da die Rechtsfragen in § 13—18. 21. 23 mit absoluter Sicherheit nur auf die civis romana bezogen werden können, bezüglich § 19 aber Gleiches aus der Bezugnahme auf das römisch rechtliche nuntium remittere folgt, so ergiebt sich hieraus, daß Cic. in allen jenen Fällen, den civis allein als das maaßgebendes Subject in das Auge fassend, gleichwohl diesen Moment als selbstverständlich unausgesprochen ließ. Hierdurch aber wird nicht nur als zulässig, sondern geradezu als nothwendig die Annahme begründet, daß auch in dem hier fraglichen § 20 der gleiche Sachverhalt obwaltet, somit auch hier der Ehemann, dessen als Debitor maaßgebende Rechtsstellung in Betracht gezogen ist, ausschließlich der civis romanus, nicht aber der peregrinus ist, wenn gleich dies als selbstverständlich nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Und hierzu kommt sodann zweitens, daß Cic. jene Ehe zwischen einem peregrinen und römischen Ehegatten dem römischen, nicht aber einem peregrinen Dotalrechte unterstellt und um deßwillen schlechterdings nicht die Ehe zwischen peregrinus und civis romana, als vielmehr einzig und allein die Ehe zwischen civis romanus und peregrina in das Auge gefaßt haben kann: denn lediglich die letztere unterfällt dem ius civile Roman., wogegen die erstere dem ius civile peregrinorum des Ehemannes sich unterordnet.[1833]) Beide Momente aber ergeben

1833) Beil. XIII § XIV. Beil. XVI § VII. VIII. XIII und insbesondere Gai. I, 92: civis romana, — si — ex peregrino secundum leges moresque peregrinorum concepit; vgl. I, 77.

in der That, daß die von Arndts bezüglich meiner Benutzung von Cic. cit. erhobenen Bedenken unbegründet sind, vielmehr diese Stelle, wie ich gethan, ausschließlich auf die Ehe des civis romanus mit der peregrina bezogen werden darf. Und diesfalls steht denn nun in der That Cic. cit. auch in vollkommenster Harmonie mit den von Gai. und Ulp. berichteten Rechtsordnungen, so daß wir ebenso diese letzteren der vorciceronianischen Zeit zu überweisen, als auch wiederum unter jener von Gai. und Ulp. erwähnten lex die lex Maenia de dote von 586 zu verstehen haben.

Dieser letzteren Annahme wiederum scheint zwar entgegenzustehen, daß Studemund bei Gai. I, 78 von dem Namen der dort genannten lex die Buchstaben M . n als sicher leserlich, dagegen die Buchstaben . i . icia als halb leserlich bezeichnet und somit zur Lesung Minicia gelangt. Und zwar spricht hierüber derselbe in Mittheilungen antiquarischen Inhaltes aus den Palimpsesten des Gaius S. 8 sich dahin aus: „obwohl der Palimpsest hier äußerst schwer lesbar ist, erkennt man doch ziemlich deutlich die Worte: set hoc maxime casu necessaria lex Minicia: nam remota ea lege u. s. w. Die lex Mensia wird also in eine lex Minicia umzutaufen sein. Die abweichende Lesart Mensia im Codex Vaticanus des Ulpian erklärt sich leicht, zumal wenn man den häufigen Wechsel der Schreibart Minicia mit Minisia und Mincia (vgl. W. Teuffel in Pauly's Realencyclopädie V, 64 fg.) berücksichtigt."

Unter dieser Voraussetzung aber würde allerdings das Gesetz über die Kinderfolge eine lex Minicia und somit verschieden sein von der lex Maenia de dote. Allein jene Voraussetzung selbst erscheint im höchsten Maaße problematisch. Denn zuerst schon ist befremdlich die Angabe, daß das Wort Minicia „ziemlich deutlich" erkenntlich ist; denn wenn in früheren Jahren, wo der Cod. Veron. des Gai. weit leserlicher als jetzt, weil noch nicht durch die Anwendung chemischer Reagentien verderbt war, die Bearbeiter dieses Codex den Namen jener lex absolut unlesbar fanden, so ist schwer zu erklären, wie jetzt nun auf einmal dieser Name „ziemlich deutlich erkennbar" geworden ist. Und sodann, wenn im Cod. Vat. des Ulpian die Lesung Mensia völlig zweifellos ist, so erfordern doch die Grundsätze der diplomatischen Kritik, daß bei Feststellung des Namens jener lex das Hauptgewicht auf die sichere Lesung

gelegt, nicht aber von der graphisch in Wirklichkeit nur unsicheren Lesung bei Gai. ausgegangen werde. Gegenüber der lex Mensia Ulpian's aber sind die Formen Minicia und Minisia graphisch so abweichend, daß die Annahme unberechtigt ist, der Abschreiber des Vat. habe Mensia irrig für Minicia oder Minisia gesetzt, während wieder die Form Mincia durchaus nicht, wie Studemund sagt, auf einem häufigen Wechsel der Schreibart für Minicia beruht, vielmehr, so weit bis jetzt zu übersehen, überhaupt nur ein einziges Mal und hier als offener Steinmetzfehler in der stadtrömischen Inschrift bei Grut. 1014, 6 sich vorfindet, somit also nicht zu Schlußfolgerungen auf onomatologische Thatsachen benutzt werden kann.

Und endlich ist es historisch äußerst bedenklich, eine lex Minicia überhaupt anzunehmen, da für die römische gens Minucia die Nebenform Minicia gar nicht bekundet ist, die cisalpinische gens Minicia dagegen in der Geschichte erst zu einer Zeit auftritt, welcher solche lex Minicia gar nicht mehr angehören kann.[1834]) Alle diese Gründe aber lassen es bedenklich erscheinen, die lex Mensia Ulpian's mit Studemund in eine lex Minicia umzutaufen. Vielmehr ist es diplomatisch berechtigter, in solcher Mensia eine Mennia anzunehmen, dem entsprechend auch bei Gai. sei es Mennia, sei es Maenia zu lesen und diese lex selbst dann mit der lex Maenia de dote zu identificiren.[1835])

1834) Es sind zu scheiden die altröm. gens Minucia, Minutia, und die cisalpinische gens Minicia, Miniccia (Marini, Atti 500 no. 42), Minisia, Minucia, Minutia; woneben dann noch eine cisalpinische gens Minia, Minnia (überdem Minius auch als samnitisches praenomen), sowie eine samnitische gens Minacia, Minatia (überdem Minatius auch als samnitisches praenomen) auftreten. Die Formen Minisia und Minicia sind der röm. gens Minucia völlig fremd (lediglich bezüglich des porticus Minucia tritt Minicia in späteren Inschriften auf) und wurden gewiß von der gens selbst zur Vermeidung einer Verwechselung mit den Miniciern planmäßig fern gehalten; vielmehr finden dieselben sich nur in der cisalpinischen gens Minicia, die aus den entgegengesetzten Gründen wiederum die Schreibung Minucia gern sehen mochte. Diese gens Minicia aber kann aus zeitlichen Gründen keinen Rogator einer röm. lex, geschweige denn einer vorciceronianischen lex geliefert haben. Vor Weiterführung des Corp. Inscr. Lat. ist übrigens eine völlig abschließende Untersuchung über jene Familien nicht durchführbar.

1835) Voigt, a. O. § 8. Ein C. Mennius Lucii fil. aus Venafrum

Endlich wiederum den von mir in meiner Schrift über die lex Maenia de dote geführten Beweis der Existenz von solchem Gesetze hat zu entkräften sich die Aufgabe gestellt Czyhlarz, das römische Dotalrecht, allein mit Deductionen befremdlichster Beschaffenheit.

Zunächst nämlich ist dort in § 6 von mir Bezug genommen auf Pol. XXXII, 13, wo gesagt ist: κατὰ τοὺς Ῥωμαίων νόμους ist annua, bima, trima die die dos zu restituiren, wobei dann κατὰ τὸ παρ' ἐκείνοις ἔθος vor Allem die supellex in der ersten Rate restituirt wurde. Und diese Worte des Pol. sind von mir dahin aufgefaßt worden, daß unter νόμοι die lex scripta, unter ἔθος die mores (gleichgültig ob Gewohnheitsrecht oder bürgerliche Sitte) zu verstehen seien. Das nun bezeichnet Czyhlarz S. 3 als „ganz willkührlich": κατὰ τοὺς Ῥωμαίων νόμους bedeute nur „nach dem Rechte der Römer." Wenn nun aber im diametralen Gegensatze hierzu da, wo νόμος im scharf prononcirten Gegensatze zu ἔθος steht, das erstere schlechterdings nicht das Recht überhaupt, als vielmehr einzig und allein die lex scripta bezeichnet, entsprechend hierin dem lateinischen leges et mores; wenn sodann Czyhlarz über diese Thatsache mit Leichtigkeit sich belehren konnte durch Einsichtnahme in ein griechisches Lexicon, selbst wenn demselben Stellen nicht zu Gebote standen, wie Pol. VI, 51: παρὰ πᾶν ἔθος ἢ νόμον· 56: ἔθη καὶ νόμιμα· Dion. Hal. VII, 56: ἔθη καὶ νόμιμα· 70: ἔθη καὶ νόμιμα καὶ ἐπιτηδεύματα· Stob. floril. 44: περὶ νόμων καὶ ἐθῶν· Syrian. in Herm. IV, 252 W.: ἰστέον δὲ ὡς τῶν ῥητῶν τούτων τὰ μὲν ἔγγραφα, τὰ δὲ ἄγραφα καλεῖται· ἔγγραφα μὲν οὖν νόμοι, διαθῆκαι, ψηφίσματα, στῆλαι· ἄγραφα δὲ, οἷον κηρύγματα, χρησμοί, ἔθη u. a. m. vgl. Mylius ad Theoph. II, 1, 2. § 4. im Theoph. ed. Reitz II, 1105; wenn endlich trotz jener Leichtigkeit der Selbstbelehrung von Czyhlarz solche unterlassen, vielmehr gegen mich selbst wegen einer durchaus correcten Handhabung der Gesetze der griechischen Sprache der Vorwurf des „ganz willkührlichen" Verfahrens erhoben worden ist; so characterisirt sich nun nach Alle dem dieser Vorwurf ebenso

---

findet sich übrigens bei Cat. RR. 135, 3, so daß in Bezug auf die Formen Maenius und Mennius ein ähnliches Verhältniß obgewaltet zu haben scheint, wie zwischen Claudius und Clodius, Fusius und Furius und dergl.

als ein unwissenschaftlicher, wie als ein auf das Leichtfertigste wider mich erhobener. Und wenn dann Czyhlarz den Vorwurf des „ganz Willkührlichen" noch in den Worten zu begründen sucht: „einmal kann das Wort νόμος unmöglich mit der römischen lex identificirt werden und außerdem deutet auch schon der Plural an, daß es hier nicht in dieser Bedeutung genommen sein kann, da man ja dann bereits mehrere diese Frage betreffende leges voraussetzen müßte," so konnte in der ersteren Beziehung jedweder, römische Verhältnisse behandelnde griechische Text darüber belehren, daß die Griechen das römische lex in der That niemals anders als durch νόμος wiedergeben, somit also νόμος in der That professionell das lateinische lex vertritt, so Polyb. VI, 14. 16., Dion. Hal. in zahlreichen Stellen u. a. m. Dagegen beim zweiten Argumente ist völlig übersehen, daß νόμος, wie lex nicht bloß die lex scripta, sondern zugleich das einzelne Capitel der lex scripta bezeichneten, woraus nun die Ausdrucksweisen sich erklären bei Dion. X, 57: οἱ δέκα ἄνδρες συγγράψαντες νόμους· — οὐθενὸς ἔτι μεμψομένου τοῖς νόμοις· — ἐπικυρώσαντος — τοῦ δημοῦ τοὺς νομοὺς· c. 60: τοῦς λοιποὺς συγγράψαντες νόμους ἐν δέλτοις οὖσι, sowie anderntheils von leges XII tab. oder leges Oppiae bei Tac. Ann. III, 33 oder in den von Nipperdey zu dieser Stelle beigebrachten Belegen. Und so erklärt sich auch bezüglich der lex Maenia insbesondere Proc. 11 Epist. (D. XXIII, 4, 17): statuto legibus tempore, und Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 2): tempore legibus dato, wie das Referat über die Gerichtsverhandlung in iure bei Paul. 8 Resp. tit. de Re uxoria (fr. Vat. 112), wo die Klägerin sagt: peto — ex legibus et edictis dotem.

Sodann habe ich in § 4 Bezug genommen auf Dion. Hal. II, 25, wo derselbe sagt: Romulus erließ keine νόμους über gewisse dotalrechtliche Sätze. Und hierauf nun habe ich die Folgerung gestützt: weil Dion. sicher nicht die Aufgabe sich stellte, alle Differenzen zwischen dem Rechte seiner Zeit und des Romulus anzugeben, so muß eine besondere Veranlassung gegeben gewesen sein, wenn derselbe bezüglich des Dotalrechtes insbesondere solche Differenz angiebt, und als solche Veranlassung ist nur denkbar, daß Dion. ein Gesetz kannte, welches die Bestimmungen enthielt, die derselbe in den Gesetzen des Romulus als nicht enthalten bezeichnet. Diese Deduction nun wird von Czyhlarz S. 3 als

„ganz ungerechtfertigt," wie als „ganz willkührlich" bezeichnet. Allein mit solcher Invective ist weder etwas deducirt, noch bewiesen, noch entkräftet; vielmehr wäre darzulegen gewesen, auf welche andere Weise jenes obige Verfahren des Dion. eine befriedigende Erklärung gewinne. Allein über solche Dinge wird geschwiegen: mit der Invective der Willkührlichkeit vermeint der Genannte von der ihm obliegenden Pflicht einer wissenschaftlichen Untersuchung des Sachverhaltes sich frei gemacht zu haben.[1836])

Drittens wird mir S. 4 entgegengehalten: das Gesetz über die Kinderfolge „steht mit dem Dotalrecht an und für sich in gar keiner Beziehung und ist in seiner Disposition über den Stand der Kinder zu wichtig, um gelegentlich in einem Dotalgesetze abgethan zu werden." Allein diese ganz moderne Reflexion steht in directem Widerspruche mit Cic. Top. 4, 20, welcher expreß bekundet, daß in der That die Kinderfolge mit dem Dotalrechte in einer Beziehung steht; und anderntheils haben wiederum die lex Aelia Sentia und Junia Norbana bei ihren Sätzen über die causae probatio die Disposition über den Stand der Kinder durchaus nicht für zu wichtig angesehen, um solche gelegentlich in einem Manumissionsgesetze abzuthun.

Endlich in Bezug auf Cato's Orat. de Dote wird S. 5 behauptet, dieselbe sei identisch mit dessen suasio legis Voconia. Allein vor Allem wird Czyhlarz sich ad causam zu legitimiren d. h. nachzuweisen haben, daß er mit Cato's Reden überhaupt einigermaaßen sich beschäftigt habe; denn dann erst kann irgend welche Beachtlichkeit jenem Urtheile zukommen, welches ebenso mit unserer modernen Philologie, wie mit Gellius in Widerspruch tritt, dagegen aber das Räthsel stellt, wie denn wohl Cato dazu

1836) Ueberdem bemerkt Czyhlarz a. O. A. 8, die Stelle von Dion. beweise zu viel, da man danach annehmen müsse, daß die Einführung der dotalrechtlichen Restitutionspflicht überhaupt auf einer lex beruhe; allein zu solcher Annahme zwingt gar Nichts; Dion. spricht nur von gesetzlichen Bestimmungen bezüglich der Restitution der Dos und diese sind in der That durch die lex Maenia eingeführt worden: Voigt, a. O. 14. 58. Und sodann A. 8a: die von Dion. angegebenen dotalrechtlichen Bestimmungen und so daher auch betreffs der Restitution der Dos seien durch ein Gesetz der augusteischen Zeit eingeführt worden; allein zu August's Zeit galt der julianische Calender, jene Restitutionsfristen aber stützen sich bekanntlich auf das romulische zehnmonatliche Jahr.

gekommen sei, in seiner suasio legis Voconiae das Dotalrecht als Hauptthema seiner Rede zu behandeln.

Andrerseits dagegen stellt Czyhlarz mir die beiden Sätze entgegen, zunächst: die lex Maenia enthält familienrechtliche Bestimmungen über das Verhältniß des Vaters zum Sohne (S. 4), ein Satz, der ebenso unerwiesen, wie unwahr ist, weil diesfalls Gai. Inst. I jene lex in solcher Beziehung hätte erwähnen müssen; und sodann: die von mir selbst der lex Maenia überwiesenen Satzungen seien vielmehr gewohnheitsrechtlich (S. 6). Allein auch dieser Satz ist ebenso unerwiesen — natürlich aber, weil von Czyhlarz als Orakel verkündet, durchaus nicht „ganz willkührlich" —, wie unwahr. Denn unwahr ist solches zunächst bezüglich der Restitutionsfristen, welche von Czyhlarz selbst S. 356 auch wieder „auf irgend ein älteres Gesetz" (!) zurückgeführt werden; unwahr ist solches sodann bezüglich des iudicium de moribus, weil dieses an Stelle des iudicium domesticum in der besonderen Function als Ehescheidungsgericht eintritt, dieser Vorgang selbst aber um so mehr außerhalb der Sphäre der Volksgewohnheit fällt, als vielmehr von der letzteren noch Jahrhunderte hindurch das iudicium domesticum im Allgemeinen auch über die Ehefrau aufrecht erhalten ward (A. 1923); und unwahr ist solches endlich auch bezüglich der adiunctio filiae, da diese Rechtsordnung so durchaus anomal und dem ius commune widersprechend ist, daß sie unmöglich aus der Volksgewohnheit hervorgegangen sein kann, die ja normalen Rechtsstoff, nicht aber völlig exceptionelle Rechtssingularitäten schafft und trägt.[1836a])

Jenes gesammte Verfahren an sich aber von Czyhlarz, indem derselbe Anderen gegenüber unter der Maske des gewissenhaften Kritikers die Rolle eines gegnerischen Anwaltes übernimmt, der ohne weitere Prüfung jedwedes nur erfindbare Scheinargument zur Geltung zu bringen sucht, selbst aber rein ersonnene und völlig unerwiesene Hypothesen aller Art vorträgt; solches Verfahren erinnert denn doch sehr lebhaft an die Rolle vom Junker Alexander.

1836a) Czyhlarz a. O. 304 A. 16 beruft sich auf die querela inofficiosi testamenti; als ob diese aus Volksgewohnheit und nicht aus richterlicher Spruchpraxis (A. 1827) hervorgegangen sei, und als ob diese eine ähnliche völlig exceptionelle Rechtssingularität enthalte.

§ 152.

3. Die historische Ausprägung der Principien vom Beginn der Kaiserzeit bis Diocletian.

Bereits zu Ausgang der vorigen Periode stützte Cicero seine societas propinquorum, als des engsten Kreises der die Menschen gruppirenden societates (Thl. I § 46) auf die Sippe und sanguinis ratio, wie auf das ius naturale:

de Off. I, 17, 54: nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant lubidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus (s. A. 1944): communia omnia. — Sequuntur fratrum coniunctiones, post consobrinorum sobrinorumque, qui cum una domo iam capi non possint, in alias domos tamquam in colonias exeunt. Sequuntur connubia et adfinitates, ex quibus etiam plures propinqui. — — Sanguinis autem coniunctio benevolentia devincit homines et caritate.

Und an diese philosophische Lehre knüpft sich nun unmittelbar an das wichtigste und folgenreichste Ereigniß, das während der gegenwärtigen Periode in der Geschichte der sanguinis ratio sich vollzieht: die doctrinelle Anerkennung derselben Seitens der Rechtstheorie ebenso als eines der aequitas oder bona fides oder dem dolus malus unterfallenden Rechtsprincipes, wie auch als eines von dem ius naturale getragenen Postulates.[1887]) Denn

---

1887) § 125. 140. Im Besonderen die bona fides specialisirt sich hier auch zur pietas, so z. B. Testament bei Scaev. 21 Dig. (D. XXXVI, 1, 78. § 2): Tu, frater, secundum fidem et pietatem tuam — — Sticho, filio tuo, restitues; Marc. 4 Inst. (s. S. 291); Jul. 10 Dig. (D. XII, 6, 32. § 2); vgl. Brinz, Pand. § 245 a. E., Danz, R. G. § 163; oder auch zum affectus, affectio, so bei A. 1569 und in J. Just. IV, 18, 6. Wegen des ius naturale insbesondere vgl. z. B. Ulp. 2 de Off. Cons. (D. XXV, 3, 5. § 16): parens — ali a filio ratione naturali debeat; 1 Opin. (D. XXXVII, 15, 1. § 1): inter — matrem et filium pietatis ratio secundum naturam salva esse debet; Paul. 2 ad Sab. (D. XXXVIII, 6, 4): si naturales emancipati et adoptati iterum emancipati sint, habent ius naturale liberorum; de Port. quae lib. damnat. conc. (D. XLVIII, 20, 7. pr.): quum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentum hereditatem addiceret; Callistr. 2 Quaest. (D.

daran allenthalben knüpft sich einestheils die Anerkennung der sanguinis ratio als eines Interpretationsprincipes (§ 27 unter 4 a), als auch anderntheils die gesteigerte Wirksamkeit derselben als legislativen Principes: die rasche und weitgreifende Ausdehnung ihres Gebietes innerhalb des Rechtes, wie nicht minder auch die besondere Consequenz, daß die Centralorgane der bona fides: die bon. fid. a., exc. doli mali und resp. a. ex stipulatu zur processualischen Geltendmachung auch der sanguinis ratio berufen seien, ein Satz, der zwar in beschränkteren Gränzen eine practische Verwirklichung gewann bei der bòn. fid. a. und a. ex stipulatu in ihren aggressiven Functionen, dagegen in seiner ganzen Consequenz practisch, wie theoretisch sich ausprägte in der exc. doli mali, wie in der der bon. fid. a. entgegentretenden defensio ipso iure (§ 129. 132).

Im Besonderen aber sind es drei verschiedene Tendenzen, welche innerhalb der sanguinis ratio hervortreten: theils, wie obbemerkt, die verwandtschaftlichen Satzungen mehr und mehr auf die aequitas oder sanguinis ratio zu fundiren, theils die hierbei maaßgebenden Verwandtschafts-Grade auszudehnen, theils endlich die Grundlagen an sich von Beiden zu vermehren, woneben dann endlich vereinzelt auch noch die Tendenz einer Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts gegenüber dem männlichen nachwirkt: in der Bevorzugung der consanguinei gegenüber den consanguineae Seitens des S. C. Tertullianum (A. 1900).

Und zwar was zunächst jene dritte Tendenz betrifft, so wird theils zu Ausgang dieser Periode in Bezug auf die Ehehindernisse dem concubinatus der Effect der Affinität beigemessen von Sev. Alex. im C. Just. V, 4, 4 (liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt), theils wird auch der servilis cognatio und resp. affinitas des Freien mit einem Sclaven oder Freien in mehrfacher Beziehung Rechtswirksamkeit beigemessen: in dem Rechtssatze, daß solche Verwandtschaft unter das Verbot der in ius vocatio falle, wie auch berechtige, statt des legirten

---

L, 16, 220. § 3) natura nos — docet parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri etc.; dann Plin. Pan. 38. 39. vgl. mit c. 37. Sulp. Vict. J. O. 48 u. a. m.

Sclaven dessen Werth zu leisten, nicht minder in der Anerkenntniß derselben als Ehehinderniß, wie als iusta causa manumissionis,[1838]) wogegen endlich die Relevanz-Erklärung der peregrinen Cognation Seitens des ius civile nur in besonderer Beziehung zu den Latini und gleich als deren singuläres Privileg ausgesprochen wird.[1839]) Auf der anderen Seite da-

1838) In ius vocatio: Lab. in A. 1886. — Legat: Ulp. 51 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 3) vgl. A. 895. — Ehehinderniß gegenüber pater, mater, soror, sororis filia, und quasi noverca, quasi nurus, quasi socrus: Pomp. 5 ad Sab. (D. XXIII, 2, 8); Ulp. 3 Disp. (D. cit. 56); Paul. 35 ad Ed. (D. cit. 14 § 2. 3). J. Just. I, 10, 10. Theoph. in h. l. — Justa causa manumissionis bezüglich pater, mater, filius, filia, frater, soror: Gai. I, 19. 39. Marcell. bei Ulp. de Off. Cons. (D. XL, 2, 20. § 3), Ulp. 6 de Off. Proc. (D. cit. 11), 2 ad l. Ael. Sent. (D. cit. 12), J. Just. I, 6, 5. Nicht dagegen bezüglich der patria potestas: Ulp. XII, 3. 4 ad l. Jul. et Pap. (D. I, 7, 46); B. P. unde cognati: Ulp. 4 ad Ed. (D. XXXVIII, 8, 1. § 2), Modest. 6 Reg. (D. cit. 7); J. Just. III, 6, 10); hereditas ex S. Cto Orphit.: Paul. sent. rec. IV, 10, 2.

1839) Solche Privilegien bezüglich der Latini ingenui sind folgende: zuerst dafern Latinen-Familien die Civität erlangten, verliehen die Kaiser mehrfach durch personalis constitutio zugleich theils die iura cognationis: Plin. Pan. 37, theils die patria potestas insbesondere: Plin. cit. (eandem immunitatem in paternis bonis filio tribuit, si modo redactus esset in patris potestatem), womit beidemal die bezüglichen civilen Intestaterbrechte sammt Immunität von der lex Jul. vices. verbunden waren. Diese Praxis bestand bis nach Nerva und es ist ein Irrthum, wenn Bachofen, ausgew. Lehren 390 annimmt, derselbe habe allgemein auch der Mutter und den Kindern gegen einander die iura cognationis ertheilt, da vielmehr das Gegentheil bekundet wird von Plin. cit.: sanxit, ut, quod ex matris ad liberos, ex liberorum bonis pervenisset ad matrem, etiamsi cognationum iura non recepissent, cum civitatem adipiscerentur, eius vicesimam ne darent, wonach also Nerva der Mutter und den Kindern lediglich die vicesima erließ, dafern dieselben ex testamento einander beerbten, wogegen ein Intestaterbrecht denselben gegen einander gar nicht zustand. Wohl aber verleiht nun Trajan solchen Neubürger-Familien durch lex generalis ebenso die iura cognationis innerhalb des Kreises der decem personae des Edictes (A. 1915): Plin. cit. 38. 39. vgl. Thl. II A. 79. S. 734 fg., als auch resp. die patria potestas: Gai. I, 95. Und damit nun erlangen die Betreffenden zugleich die bezüglichen Intestaterbrechte sammt Immunität von der vicesima (Thl. II A. 831), somit insbesondere B. P. unde liberi: Ulp. 2 Jnst. (Collat. XVI, 7, 2): suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere data bon. possessione; sodann B. P. unde legitimi: der sui, suae, später der filii, filiae ex S. C. Orph., der consanguinei, consanguineae und der mater ex S. C. Tertull., wie der agnati, die indeß, wie bemerkt, nur dem

gegen tritt in dem honorarischen Erbrechte die rückläufige Bewegung zu Tage, abweichend von der in der vorigen Periode eingeschlagenen Richtung, bei B. P. unde liberi, wie contra tab. (A. 1910) den Grundsatz aufzugeben, daß die datio in adoptionem die Cognation mit der familia naturalis nicht löse (A. 1796), indem vielmehr den betreffenden Descendenten diese Successionsrechte versagt werden, wohingegen dieser Richtung nicht allein die Rechtswissenschaft entgegentritt (A. 1907—1910. 1913. 1895), sondern auch die Legislation: die lex Papia Poppaea, wie die S. Cta. Tertull. und Orphit.[1839a]) Dahinwiederum bezüglich der

---

pater und avus paternus zu kommt, während wiederum die Descendenten nur bis zu nepos, neptis herab die B. P. haben; endlich die B. P. unde cognati: nepos, neptis ex filia, avia paterna, avus, avia materni, resp. gegenüber der neptis ex filia avus paternus, frater, soror uterini. Sodann zweitens kommen hierzu gewisse Privilegien der zur Civität gelangten Latini gegenüber ihrer latinischen Descendenten und Ascendenten; denn ebenso hat die mater civis romana ein tertullianisches Erbrecht gegenüber den filii, filiae Latini: Paul. sent. rec. IV, 9, 8: Latina ingenua ius Quiritium consecuta, si ter peperit, ad legitimam filii hereditatem admittitur, wie das zur Civität gelangte Kind die B. P. unde liberi gegenüber dem pater latinus ingenuus, worauf der obcitirte Ulp. 2 Jnst. (Collat. XVI, 7, 2) hinweist, und wobei nun beidemal das edictum peregrinum die betreffenden Clauseln darbot; vgl. A. 1904. Endlich drittens sind zweifelsohne auch auf die Latini unter sich manche verwandtschaftsrechtliche Ordnungen übertragen worden, so bezüglich der Ehehindernisse: vgl. A. 1838, bezüglich des Erbrechtes: A. 1904, bezüglich der Alimentationspflicht zwischen Ascendenten und Descendenten. Allein außerhalb dieser singulären Beziehungen greift nun das ius commune Platz: insbesondere das S. C. Orphit. gab nur den cives romani, romanae Erbrecht: A. 1901, erlitt somit auch keine Anwendung auf Latini ingenui: Paul. sent. rec. IV, 10, 3: ad legitimam intestatae matris hereditatem filii cives romani, non etiam Latini admittuntur. Und Gleiches ergiebt sich bezüglich des S. C. Tertull. daraus, daß es nur der Mutter mit ius liberorum zusteht, indem ja durch letzteres die Latina die Civität erlangt. Und andrerseits wird nirgends die Uebertragung verwandtschaftsrechtlicher Ordnungen auf die Peregrinen im Allgemeinen angedeutet; vgl. A. 1792 fg. Ulp. 12 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 1. § 8).

1839a) Ulp. 12 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 1. § 8): vetus sola hereditas, quae lege XII tab. defertur, capitis deminutione perimitur; novae vel ex lege vel ex S. Ctis delatae non perimuntur capitis deminutione, und ähnlich Pomp. 10 ad Qu. Muc. (D. XXXVIII, 16, 11); dann bezüglich der lex Papia Popp.: Ter. Clem. 10 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXVIII, 2, 39): patroni filia, si in adoptiva familia sit, ad bona libertorum paternorum admittitur; be-

Emancipation wird von dem prätor. Edicte nicht minder, wie von der Legislation und Rechtswissenschaft an dem leitenden Gesichtspunkte festgehalten, daß diese die Cognation mit der naturalis familia nicht zerstöre, wenn immer auch in diesem Punkte die Legislation und Wissenschaft noch weiter gehen, als das Edict (A. 1905. 1906).

Das gynäkokratische System im Besonderen aber wird wiederum von dem honorarischen Rechte in der B. P. unde liberi, wie contra tab. nicht adoptirt, dagegen, wie von der Rechtsbildung im Allgemeinen, abermals von der Legislation in dem Erbrechte insbesondere mit Entschiedenheit vertreten: zunächst von der lex Papia Poppaea, insofern diese dem filius patronae mit einem Kinde eine Succession in das Patronat verleiht;[1839b]) dann von dem S. C. Tertull. und Orphit., wie endlich in der den Frauen beigemessenen Fähigkeit, mittelst kaiserlichen Rescriptes eine Adoption vorzunehmen, die sonach weder patria potestas und Suität, noch Agnation, wohl aber Mutter- und Kindschaft, wie Cognation begründet.[1839c])

Was sodann die erste jener drei Tendenzen betrifft, so behaupten sich von den auf die civile Verwandtschaft gestützten, überlieferten Instituten auf solchem Fundamente lediglich die patria potestas, das Intestaterbrecht der XII Tafeln und die entsprechende B. P. unde legitimi, wie die legitima tutela und cura furiosi und prodigi, während die manus mariti mit der conventio in manum unterging. Dagegen von den von der vorigen Periode anerkannten vier civilen Verwandtschaftsgraden erhalten sich die Descendenz und die Suität insbesondere, die Consanguinität, wie

züglich der S. Cta: J. Just. III, 4, 2: sciendum est huiusmodi successiones, quae a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non perimi propter illam regulam, qua novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae, quae ex lege XII tab. deferuntur; vgl. Honor. et Th. im C. Th. V, 1, 6. Anders dafern die cap. dem. die rein civile Verwandtschaft löst: A. 1903.

1839b) Gai. III, 53: eadem lex patronae filio liberis honorato c(ivi) r(oman)o patroni iura dedit; Paul. not. ad Pap. 13 Quaest. (D. XXXVIII, 2, 42. pr.)

1839c) Ulp. 5 Opin. (D. V, 2, 29. § 3), Diocl. im C. Just. VIII, 48, 5. J. Just. I, 10, 11.

die Agnation in Geltung, während wiederum die Gentilität in der gegenwärtigen Periode ihren Untergang erfuhr.[1839d]) Im Besonderen aber dieser letztere Vorgang hatte zur Folge, daß nunmehr einerseits die Beschränkung der Agnation auf den sechsten Grad (§ 150) aufgegeben und so namentlich die hereditas legitima, wie die B. P. Unde legitimi ganz unbegränzt deferirt wurden,[1840]) und anderntheils wiederum für die durch Untergang der Gentilität in Wegfall gekommenen Vortheile der Lebensverkehr auf andere Weise einen Ersatz zu gewinnen strebte, so namentlich durch familienfideicommissarische Errichtung von sepulcra familiaria,[1841]) wie durch den neu eingeführten Familienraht (§ 153 a. E.).

Im Uebrigen dagegen werden ebenso alle überlieferten verwandtschaftlichen Ordnungen des rigor auf die Cognation oder Affinität übergeleitet: die Ehehindernisse und das Notherbrecht, als auch alle neu geschaffenen Ordnungen auf solche Basis fundirt.

Was endlich die Abgränzung der relevanten Cognations-, wie Affinitätsgrade anbetrifft, so wird zunächst die Verwandtschaft in der Seitenlinie um einen vollen Grad erweitert: während in der zweiten Hälfte der vorigen Periode dieselbe den fünften Grad und aus dem sechsten Grade die sobrini, sobrinae umfaßte (A. 1817), so ward jetzt nach dem Vorgange der lex Furia testam. (A. 1820) die Verwandtschaft auf den sechsten Grad und aus dem siebenten Grade[1842]) auf den sobrino, sobrina natus, wie weiterhin auch auf die sobrino, sobrina nata erstreckt. Und zwar wird jene erstere Abgränzung des Cognatenkreises, entsprechend hierin der lex Furia, adoptirt zunächst von der Legislation: in der lex

---

1839d) Gai. III, 17. Ulp. Reg. (Collat. XVI, 4, 2).

1840) J. Just. III, 5, 4: agnationis — iure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege XII tab. quaeramus sive de edicto, quo praetor legitimis heredibus daturum se bon. possessionem polliceatur.

1841) Vgl. Marquardt, r. Alterth. V, 1. A. 2338. fg. Phil. im C. Just. III, 44, 8. Diocl. das. c. 13.

1842) Vgl. Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. pr.), sowie Huschke, Studien 117 fg. Die bezügliche Erörterung bei Klenze a. O. 96 fg. ist unbefriedigend: es fehlt die Scheidung historischer Perioden, ohne welche jede Reflexion den Boden verliert.

Julia iudiciorum publicorum von 737,[1843]) lex Julia de maritandis ordinibus von 4,[1844]) lex Papia Poppaea caducaria von 9,[1845]) wie in der Oratio Severi betreffs der nominatio potiorum;[1846]) sodann aber auch von dem prätorischen Edicte: in der B. P. unde cognati manumissoris und so nun zweifelsohne auch in dem älteren Edicte über die B. P. unde cognati.[1847]) Dahingegen die Rechtswissenschaft nahm die sobrino, sobrina nata gleichfalls in den Cognationskreis mit auf,[1848]) demgemäß nun auch das Edict in seiner späteren Redaction derselben die B. P. unde cognati ertheilte.[1849])

Dagegen rücksichtlich der Affinität werden von der Legislation zwar sponsus und sponsa aus dem juristischen Affinenkreise wieder ausgeschieden, im Uebrigen aber an der von dem vorher-

---

1843) Paul. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXII, 5, 4): lege Jul. iudic. public. cavetur, ne invito denuncietur, ut testimonium litis dicat adversus — sobrinum, sobrinam, sobrino sobrinave (Vulg.) natum eosve, qui priore gradu sint, wo das qui priore gradu sunt sicher nicht so exact ist, als die gesetzliche Disposition selbst lautete; vgl. sent. rec. IV, 15, 2 (Collat. V, 15, 2), de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. pr.); Pap. 1 de Adult. (D. XLVIII, 2, 2. pr.).

1844) Ulp. de Off. praet. tut. (fr. Vat. 216): excipiuntur — lege — Julia cognatorum sex gradus et ex septimo sobrino sobrinave natus; vgl. Sozom. Hist. eccl. I, 9.

1845) Ulp. XVI, 1: vir et uxor inter se solidum capere possunt, — si cognati inter se coierint usque ad sextum gradum, wo die Uebergehung der sobrino, sobrina nati auf Auslassung beruhen wird.

1846) Bei Ulp. de Exc. (fr. Vat. 158): „cognati vel affines utriusque necessitudinis, qui lege Julia et Papia excepti sunt, potiorem non nominent," wozu vgl. Ulp. de Off. praet. tut. (fr. Vat. 214).

1847) In ersterer Beziehung: Ulp. XXVIII, 7: datur B. P. — cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus M asses capere licet, daher nach A. 1820 sicher die sobrino, sobrina nata ausgeschlossen ist, indem dort Paul sagt: unam personam excepit, wogegen der sobrina natus wohl nur breviloquent von Paul. übergegangen ist; vgl. A. 1819; in letzterer Beziehung Ulp. 46 ad Ed. (D. XXXVIII, 8, 1. § 2), wo das Allegat aus der lex Furia von Tribon. getilgt ist.

1848) Ulp. in A. 1844, der dann beifügt: sed et nata per interpretationem (sc. excipitur).

1849) B. P. unde cognati: Ulp. 46 ad Ed. (D. XXXVIII, 8, 1. § 3): haec B. P. — cognatorum gradus sex complectitur et ex septimo duas personas: sobrino et sobrina natum et natam; J. Just. III, 5, 4; vgl. Paul. sent. rec. IV, 11, 8.

gehenden Zeitraume überlieferten Abgränzung (A. 1824) festgehalten: in den Gruppen von Gatten, wie von Schwieger- und Stief-Eltern und -Kindern: in der lex Julia iudiciorum publicorum von 737,[1850]) lex Papia Poppaea caducaria von 9,[1851]) der Oratio Severi über die nominatio potiorum (A. 1846) und der Constitution Diocletian's über die Ehehindernisse (A. 1875). Und innerhalb der gleichen Gränzen mißt auch das honorarische Edict der Affinität Relevanz bei,[1852]) während wiederum die Rechtswissenschaft nicht bloß jene nämlichen Gruppen festhält,[1853]) sondern auch darüber in mehrfachen Richtungen noch hinausgreift. Denn so werden zunächst den Schwieger- und Stief-Eltern und -Kindern deren Ascendenten und Descendenten gleichgestellt und somit die Schwiegerenkelin für quasi nurus, die Schwiegergroßmutter für quasi socrus, die Tochter von Stief-Sohn oder

1850) Paul. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXII, 5, 4): lege Jul. iudic. public. cavetur, ne invito denuntietur, ut testimonium litis dicat adversus socerum, generum, vitricum, privignum; vgl. sent. rec. V, 15, 2 (Collat. IX, 3, 2), de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10 pr.). Die Frauen kommen weder als Angeklagte in Frage (da hier das iudicium domestium des Gewalthabers oder Tutor das iudicium publicum ausschließt), noch als Zeugen, so daß vir et uxor, wie socrus, nurus, noverca und privigna außer Betracht bleiben.

1851) Ulp. de Off. Pr. tut. (fr. Vat. 218. 219): lege — Papia hi adfines excipiuntur: qui vir et uxor et gener et nurus et socer et socrus unquam fuerunt, item vitricus, noverca, privignus, privigna — unquam fuerunt; vgl. Ulp. fr. XVI, 1. Tert. apol. 4. de mon. 16. Hartmann in Ztschr. f. R. G. V, 226 fg. 240 fg. 246.

1852) Das Edict Infamia notatur scheidet die sponsa jetzt aus: A. 1824.

1853) So bezüglich der Ehehindernisse: Gai. I, 63: ducere non licet — eam, quae nobis quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit; Pap. 11 Quaest. (D. XII, 7, 5. § 1); Ulp. V, 6 (Collat. VI, 2, 3): eam —, quae noverca vel privigna vel nurus vel socrus nostra fuit, uxorem ducere non possumus; Paul. sent. rec. II, 19, 5 (Collat. VI, 3, 3): nec socrum nec nurum nec privignam nec novercam — uxorem ducere licet; 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. § 4); Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 6. 7); J. Just. I, 10, 6. 7., wobei die Quellen das Eheverbot regelmäßig nur an die Qualität der Frau, nicht aber des Mannes anknüpfen, so z. B. der socrus, nicht aber auch des gener. Dann bezüglich der lex Pompeia de paricidiis (A. 1821), deren Schutze die Rechtswissenschaft auch die noverca, wie sponsa unterstellte: Marc. 14 Inst. (D. XLVIII, 9, 3). Endlich bezüglich der lex Pap. caduc. nach Maaßgabe von A. 1855.

=Tochter für quasi privigna und die Stiefgroßmutter für quasi noverca erklärt.[1854]) Dann ferner wird, unter Festhaltung der durch Verlöbniß begründeten Affinität (A. 1853), juristische Relevanz beigemessen ebenso der Affinität mit den Verlobten der Ascendenten und Descendenten: mit sponsus, sponsa liberorum als quasi gener, nurus, und mit sponsa patris als quasi noverca, wie nicht minder auch der Affinität mit den Ascendenten des Verlobten: mit pater, mater sponsi, sponsae als quasi socer, socrus.[1855]) Und endlich werden parallele Extensionen auch be-

---

1854) So bezüglich des Edictes in A. 1852 Pomp. bei Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 1, 3. § 2): nurus et generi appellatione et soceri et socrus et ulteriores, quibus „pro" praepositio solet accedere, contineri; dann bezüglich der lex Papia in A. 1851 Lab. bei Ulp. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXVIII, 10, 6. pr.): nepotis ex filia mea nati uxorem nurum mihi esse; Ter. Clem. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. L, 16, 146); in Bezug auf die Ehehindernisse: Arist. bei Pomp. 4 ex Plaut. (D. XXIII, 2, 40): privignae filiam non magis uxorem duci posse, quam ipsam privignam; Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. § 4): socrus appellatione non tantum uxoris meae mater, sed et avia et proavia intellegitur, ut nullam earum ducere possim; nurus quoque appellatione non tantum filii uxor, sed et nepotis et pronepotis continetur, licet quidam has pronurus appellant. Privigna quoque non solum ea mihi intellegitur, quae uxoris meae filia est, sed et neptis et proneptis; Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 6. 7), wonach die Ehe zwischen pronurus und socer magnus, wie zwischen prosocrus und progener ausgeschlossen ist.

1855) Die Interpretatio von quasi gener, nurus und quasi socer, socrus stellte bereits auf Serv. bei Pomp. 1 Ench. (D. XXXVIII, 10, 8): soceri et socrus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus acquiri; und dieselbe ward in letzterer Beziehung vom Kaiser August sanctionirt rücksichtlich der Ehehindernisse nach Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. § 4): eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere: fuisse enim eam socrum; dann vertreten von Ulp. 26 ad Sab. (D. XXIII, 2, 12. § 2): sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur und Jul. in J. Just. I, 10, 9: nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et iure facturos eos, qui huiusmodi nuptiis se abstinuerint. Dann findet sich dieselbe vor in Bezug auf die leges Juliae de vi publica und privata (A. 1817), wie iudiciorum publicorum (A. 1850) bei Gai. 4 ad l. Jul. et Pap. (D. XXII, 5, 5): in legibus, quibus excipitur, ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri, item soceri sponsae patrem; nicht minder in Bezug auf die lex Pompeia de paricidiis (A. 1821) nach Marcian. 1 de publ. iud. (D. XLVIII, 9, 4): pater et mater sponsi, sponsae socerorum (leg. soceri, socrus), ut liberorum sponsi generorum appella-

züglich der Descendenten des geschiedenen Ehegatten aus nachfolgender Ehe, wie bezüglich der Ehegatten der Stief-Eltern und -Kinder aufstellt, die jedoch insgesammt der Lehre von den Ehehindernissen eigenthümlich sind (A. 1872 fg.).

Was nun die auf die sanguinis ratio gestützten Rechtsordnungen dieser Periode im Einzelnen anbetrifft, so sind dieselben nur zum geringsten Theile gleichmäßig auf alle die obigen Cognaten und Affinen erstreckt, vielmehr betrifft die Mehrzahl derselben lediglich gewisse privilegirte Gruppen: theils die Cognaten allein, theils die Ascendenten und Descendenten insbesondere, zu denen mehrfach auch noch die Geschwister treten, theils die Ehegatten, theils vereinzelt auch die Schwieger-Eltern und -Kinder (A. 1892 fg. 1826), während endlich wiederum gewisse Rechtsordnungen in durchaus singulärer Weise die dadurch betroffenen Kreise der Cognaten und Affinen begränzen.

Zunächst aber auf den gesammten juristisch anerkannten Verwandtenkreis der Cognaten und Affinen werden einestheils gewisse civilrechtliche Satzungen erstreckt: die solidi capacitas, welche die lex Julia et Pap. Popp. auch bei Orbität und Cölibat den Cognaten und Affinen zuerkannte (A. 1844. 1848. 1851. 1853—1855. vgl. A. 1860), und dann eine Gruppe von Rechtssätzen, welche anknüpfen an die altrömische Anschauung, daß das zwischen Cognaten und Affinen obwaltende „officium" denselben die Verpflichtung auferlege, in Nothlagen gegenseitig einander mit Rath und That beizustehen (§ 150). Denn solchem Gesichtspunkte unterfallen das Verbot der nominatio potiorum für die Cognaten und Affinen Seitens der oratio Severi (A. 1846), dann die Verpflichtung derselben, den Unmündigen im Nothfalle bei sich aufzunehmen und zu erziehen, wie endlich der Rechtssatz, daß die Leistung der durch die Sitte den Nämlichen auferlegten Verpflichtung, im Nothfalle durch Geldunterstützung dem Cognaten

---

tione continentur; endlich rücksichtlich der lex Papia caduc. nach Ulp. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXVIII, 10, 6. § 1): generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa (sc. liberorum) continentur; item soceri et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur. — Wegen quasi noverca vgl. Jul. in J. Just. I, 10, 9 cit. Ulp. 26 ad Sab. (D. XXIII, 2, 12. § 1): inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt, quamquam noverca mea non proprie dicatur.

und Affinen unter die Arme zu greifen, selbst dann, wenn sie irrthümlich als ein debitum geleistet wird, doch der condictio indebiti nicht unterliegt, weil jene wirklich begründete pietatis causa (A. 1837) als Grundlage einer obligatio naturalis und somit als zureichende causa solutionis anerkannt wird;[1856]) und nicht minder beruht auf gleichem Grundgedanken der Familienrath in seiner Zusammensetzung aus Cognaten und Affinen (§ 153 a. E.). Und sodann tritt hierzu der civilproceßrechtliche Rechtssatz, daß die a. de effusis et deiectis als popularis wegen Tödtung eines Freien in prärogativer Maaße den Cognaten und Affinen zustehe,[1857]) sowie gewisse criminalproceßrechtliche Sätze: zunächst der lex Julia iudic. public., welche theils die Verweigerung des Zeugnisses wider den Cognaten und Affinen nachläßt (A. 1843. 1850), theils zum Zwecke der mortis exsecutio eines derselben auch den Weibern die accusatio gestattet; dann der Rechtswissenschaft, daß im gleichen Falle solche accusatio, wie nicht minder das interd. de homine libero exhibendo, denjenigen gestattet wird, denen regelmäßig dieselbe aus irgend einem Grunde versagt ist; endlich eines S. C. ad leg. Corneliam de falsis, welches den Weibern die accusatio falsi betreffs des Testamentes eines Cognaten und Affinen nachläßt.[1858])

1856) Aufnahme des Unmündigen: Ulp. 34 ad Ed. (D. XXVII, 2, 1. § 2). — Obligat. natur.: Jul. 10 Dig. (D. XII, 6, 32. § 2): mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest; 16 Dig. (D. XXIII, 3, 46. § 2): pater etiamsi falso existimans se filiae suae debitorem esse, dotem promisisset, obligabitur d. h. die cond. indebitae obligationis ist ausgeschlossen; Modest. 2 Resp. (D. III, 5, 27. § 1): Titium, si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere; Alex. im C. Just. II, 19, 11: alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, tibi reddi non iusta ratione postulas, quum id exigente materna pietate feceris; Gord. das. c. 15: si paterno affectu privignas tuas aluisti seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti, eius erogationis tibi nulla repetitio est; vgl. A. 906. Voigt, Cond. ob caus. § 58 unter 21. — Dagegen ist es kein verwandtschaftsrechtlicher Rechtssatz bei Paul. sent. rec. V, 12, 2. vgl. Ulp. 48 ad Ed. (D. XXIX, (6, 1. pr.); Diocl. im C. Just. VI, 34, 2.

1857) Ulp. 23 ad Ed. (D. IX, 3, 5. § 5).

1858) Pap. 1 de Adult. (D. XLVIII, 2, 2. pr.); vgl. Pomp. 1 ad Sab. D. cit. 1), Macer 2 de publ. iud. (D. cit. 8. 11. pr.), Sev. im C. Just. IX,

Endlich gehört hierher auch noch die lex Julia vicesimariae v. J. 6, welche, eine Erbschaftssteuer von 5 % auf Erbschaften, wie Singularvermächtnisse legend, von derselben die verwandten Intestaterben befreit,[1859] worauf dann Caracalla im Jahre 212, die Steuer auf 10 % erhöhend, das Intestaterbrecht selbst und damit auch die Immunität der agnati und cognati aufhebt,[1860])

1, 4. — Macer cit. — Venul. 4 Interd. (D. XLIII, 29, 2. § 11). — Pap. cit. vgl. Modest. 17 Resp. (D. cit. 18), Alex. im C. Just. IX, 1, 5. Außerdem vgl. noch A. 1821.

1859) Die Litteratur über diese lex s. in Pauly, Realencycl. VI, 2581. — Ueber die exceptae personae liegen zwei Angaben vor: zuerst Dio Cass. LV, 25, wonach es die πάνυ συγγενεῖς sind, worunter Bachofen, ausgew. Lehren 335 die von der lex Furia excipirten Cognaten versteht, was jenem Ausdrucke an sich ganz wohl entspricht, da in XLVII, 6 unter πάνυ συγγενεῖς ebensowohl der avunculus, wie der frater inbegriffen ist; vgl. auch fr. 25 Sturz. Immerhin aber ist der Ausdruck vag und nicht präcis. Sodann Plin. Paneg. 37: vicesima reperta est, tributum — heredibus — domesticis grave. Itaque est his remissum, videlicet quod manifestum erat, quanto cum dolore laturi seu potius non laturi homines essent, destringi aliquid et abradi bonis, quae sanguine, gentilitate, sacrorum denique societate meruissent, wo somit Plin. drei Successionstitel scheidet: sanguis, gentilitas und sacrorum societas; allein da in dem letzten, worauf schon das denique hinweist, nur eine das Gemeinsame zusammenfaßende Rückweisung auf die ersten beiden enthalten ist, so sind es in der That nur zwei Sucessionstitel, welche Plin. unterscheidet: sanguis und gentilitas. Danach aber sind excipirt ebenso alle erbberechtigten Verwandten, somit der B. P. unde liberi, der B. P. unde legitimi: sui, suae, consanguinei, consanguineae, agnati (bis 6. Grad: § 150), wie der B. P. unde cognati (6. Grad und sobrino, sobrina natus: A. 1847), als auch die gentiles des ingenuus, wogegen ausgeschlossen sind die nicht verwandten Intestaterben, wie Patron und gentiles des libertinus, ebenso wie die zur Intestatsuccession gar nicht Berufenen: die Affinen und so insbesondere die Ehegatten: A. 1919. — Daß endlich die Extension, in welcher jene Immunität durch kaiserliche Beneficien den Neubürgern gewährt wird (A. 1839) durchaus keine Folgerung auf die obige lex gestattet, haben bereits Kleuze, a. D. 62 fg. und Bachofen 337 dargelegt.

1860) Es liegen hierüber zwei Berichte vor: Dio. Cass. LXXVII, 9: τὰς — διαδοχὰς καὶ τὰς ἀτελείας τὰς ἐπὶ τούταις (Reim. τούτοις: Codd.) τὰς δεδομένας τοῖς πάνυ προσήκουσι τῶν τελευτώντων καταλύσας, und Ulp. 2 Inst. (Collat. XVI, 9, 3): imperator noster in hereditatibus, quae ab intestato deferuntur, eas solas personas voluit admitti, quibus decimae immunitatem ipse tribuit. Den Schwerpunkt der Verordnung Caracalla's bildet daher nach Allem die Entziehung der Immunität bezüglich gewisser Personen,

bis endlich Macrin im Jahre 217, die Steuer wieder auf 5 % herabsetzend, die alte Intestatsuccession redintegrirte, dagegen aber die Immunität nur bis zum vierten Verwandtschaftsgrade zugestand.[1861])

Ueberdem finden sich durchaus singuläre Abgränzungen des Cognaten- und Affinen-Kreises bei verschiedenen Rechtsordnungen. Denn so wird eine exceptionelle Erweiterung des Affinenkreises aufgestellt in der Vorschrift der lex Julia de marit. ordin., daß bei Orbität und Cölibat die solidi capacitas auch den Ehegatten der Cognaten, wie den Cognaten des Ehegatten zukomme, während andrerseits eine singuläre Beschränkung jener Kreise auftritt in dem Rechtssatze, welcher die Ascendenten, Descendenten und Geschwister, wie Gattin, Schwieger- und Stief-Eltern und -Kinder zur processualischen Stellvertretung ohne Mandat zuläßt.[1862])

---

welche dieselbe bisher genossen, somit, nach Wegfall der Gentilität, gewisser durch „sanguis" Verbundener (A. 1859), so daß jene Vorschrift gar nicht sich erstreckte auf die B. P. unde vir et uxor und auf die B. P. unde legitimi patroni, sowie aller späteren Erbclassen in bona liberti. Jene Entziehung selbst aber erfolgte in der Weise, daß den Betreffenden das Intestaterbrecht abgesprochen wurde, weil das testatarisch hinterlassene an sich der Steuer unterlag. Die Betroffenen selbst wieder werden nun bezeichnet als πάνυ προσήκοντες und darunter lassen sich nur die verstehen, deren Erbrecht auf der Gradesnähe beruht d. h. die Agnaten und Cognaten, so daß den Verwandten nur die Intestatsuccession Unde liberi und resp. Unde legitimi: als sui, suae, filii, filiae, consanguinei, consanguineae, mater belassen wurde.

1861) Ueber die Reduction der Steuer: Dio Cass. LXXVIII, 12. — Daß die Beschränkung des Intestaterbrechtes durch Caracalla nur ganz kurze Zeit bestand, ergeben die Rechtsquellen, daher deren Beseitigung ohne Weiteres mit der Reduction der Steuer zusammen auf Macrin sich überweist. — Von Isid. Orig. IX, 28 wird eine Verwandtschaftstafel überliefert (auch bei Huschke, Jurispr. Antei. ad p. 535), bei welcher in dem vierten Grade zweimal der Beisatz zugefügt ist: usque ad hunc laterculum immunes personae sunt. Bezüglich dieses Beisatzes macht nun Huschke 534 die zutreffende Bemerkung, daß jenes Stemma „ius legis Juliae vicesimariae spectasse videtur." Diesfalls aber ergiebt sich hieraus die weitere Folgerung, daß die Beschränkung der Immunität auf den vierten Grad ebenso bis Justinian galt (vgl. Bachofen, a. O. 394 fg.), als auch auf Macrin zurückgehe, der somit eine durchgreifende Reform jener Steuer vornahm.

1862) Lex Julia: Ulp. de Off. pr. tut. (fr. Vat. 216. 217). — Processualische Stellvertretung: Ulp. 9 ad Ed. (D. III, 3, 35. pr.), wo liberi in potestate, parentes, fratres und affines, und 57 ad Ed. (D. XLVI, 7, 3. § 3),

Endlich wiederum zugleich eine eigenthümliche Verengerung jener Kreise nach der einen und eine Erweiterung derselben nach der anderen Richtung tritt zu Tage in der Theorie von den verwandtschaftlichen Ehehindernissen. Denn während, was die Cognation betrifft, die vorige Periode die Ehe zwischen Seitenverwandten von und mit dem vierten Grade ab gestattete (A. 1822), so hielt zwar die gegenwärtige Periode an der Statthaftigkeit der Ehe zwischen den consobrini fest,[1863] wogegen sie wiederum die Ehe zwischen den Geschwistern von Ascendenten und den Descendenten der Geschwister ohne jede Gradesbeschränkung verbot, so daß ebenso im vierten Grade die Ehe zwischen patruus oder avunculus magnus und fratris, sororis neptis, wie zwischen fratris, sororis nepos und amita, matertera magna, als auch im fünften Grade mit fratris, sororis proneptis und mit proamita, promatertera untersagt war.[1864] Und ebenso ergiebt sich aus diesem Gesetze auch das Verbot der Ehe zwischen Collateralen des dritten Grades: zwischen patruus, avunculus und fratris, sororis filia, wie zwischen fratris, sororis filius und amita, matertera.[1865] Allein von diesem Gesetze statuirte wiederum das S. C. Claudianum von 49 mit Rücksicht auf die Ehe, welche der Kaiser Claudius mit seines Bruders Tochter Agrippina einging, die isolirte Aus-

---

wo liberi, parentes, vir genannt sind, somit denn doch die nämlichen Personen, wie im edict. de postulando (A. 1824), nur daß dort die liberi an Stelle der sui eintreten; vgl. Brinz, Pand. § 282 unter 3.

1863) Pomp. bei Paul. 1 ad Sab. (D. XXIII, 2, 3); Marcell. 12 Dig. (D. XXVIII, 7, 23); Pap. 6 Resp. (D. cit. 24); Scaev. 21 Dig. (D. XXXVI, 1, 78. § 8); Tryph. 9 Disp. (D. XXIII, 2, 67. § 1).

1864) So im vierten Grade mit neptis sororis oder mit amita und matertera magna: Gai. 11 ad Ed. prov. (D. XXIII, 2, 17. § 2), Paul. sent. rec. II, 19, 3. (Collat. VI, 3, 1), J. Just. I, 10, 3. 5; im fünften Grade mit sororis proneptis: Paul. 6 ad Plaut. (D. XXIII, 2, 39. pr.), sent. rec. II, 19, 3. cit. vgl. A. 1878.

1865) Wegen der Ehe zwischen avunculus und sororis filia: Gai. I, 62. Pap. de Adutl. (Collat. VI, 6. D. XLVIII, 5, 11. § 1), 11. 36 Quaest. (D. XII, 7, 5. pr. XLVIII, 5, 38. § 1); Ulp. V, 6 (Collat. VI, 2, 2), 3 Disp. (D. XXIII, 2, 56); Paul. sent. rec. II, 19, 3. (Collat. VI, 3, 1); J. Just. I, 10, 3. Wegen der Ehe zwischen fratris, sororis filius und amita, matertera: Gai. I, 62. 11 ad Ed. prov. (D. XXIII, 2, 17. § 2); Ulp. cit; J. Just. I, 10 5. Paul. sent. rec. II, 19, 5 (Collat. VI, 3, 3); Plut. Qu. Ro. 6.

nahme, daß zwischen patruus und fratris filia, somit im dritten Grade[1866]) und entsprechend nun auch in den ferneren Graden: zwischen patruus magnus und fratris neptis, zwischen propatruus und fratris proneptis die Ehe gestattet sei, wogegen die übrigen analogen Eheverbote in Geltung verblieben.[1867]) Dagegen die Ehe zwischen Geschwistern blieb einfach mit Rücksicht auf die Gradesnähe verpönt,[1868]) ebenso wie die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten aller Grade,[1869]) wo überdem sogar die außereheliche Vaterschaft ganz singulärer Weise als Ehehinderniß anerkannt ward.[1870]) Und gleichen Gesetzen unterliegt endlich auch die Adoptivverwandtschaft.[1871])

Was dagegen die Affinität betrifft, die hier nun ausnahme-

1866) Tac. Ann. XII, 5—7. Suet. Claud. 26. 39. 43. Dio Cass. LX, 31. Zonar. XI, 10. Schol. in Juv. II, 29. Gai. I, 62. Ulp. V, 6 (Collat. VI, 2, 2). Darunter fällt nun die Ehe Domitians mit Julia, der Tochter seines Bruders Titus: Suet. Domit. 22. Plin. Ep. IV, 11, 6. Schol. in Juv. II, 27. Dann ward solche Ehe im J. 97 von Nerva verboten: Dio Cass. LXVIII, 2. Zonar. XI, 20., allein später wieder gestattet: im J. 164 heirathet Verus die Lucilla, die Tochter seines Bruders Anton. Phil.: Capitol. M. Anton. 7. 9. Ver. 2. 7. Dio. Cass. LXXI, 1. Jamblich bei Phot. p. 242.

1867) Die Volksanschauung betrachtete jedoch solche Ehe auch jetzt noch als blutschänderisch: Pseudo-Sen. Octav. 146 fg. Tac. Ann. XII, 5. XIII, 2. Suet. Claud. 39. 43. und gewiß in einfachster Consequenz, da ja die Ehe zwischen amita und fratris filius incestus iuris gentium ergiebt: Thl. II A. 944. Auf der anderen Seite gestatten wieder die iura peregrinorum solche Ehen: Tac. Ann. XII, 6. Alles dies ist zugleich einer jener zahlreichen Belege, wie ganz zufällig das Merkmal des iuris esse, quo omnes gentes utuntur die Qualität eines Rechtssatzes als iuris gentium oder civilis beeinflußt; vgl. A. 1791.

1868) Gai. I, 61. Paul. sent. rec. II, 19, 3 (Collat. VI, 3, 1); J. Just. I, 10, 2.

1869) Gai. I, 59. Ulp. V, 6 (Collat. VI, 2, 1); Paul. sent. rec. II, 19, 3 (Collat. VI, 3, 1); J. Just. I, 10, 1.

1870) Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. § 2); vgl. Scaev. 1 Reg. (D. cit. 54). Das Verbot wird von Paul. auf das ius naturale gestützt; vgl. Thl. I, 245.

1871) Hier unter Wahrung des Prinzipes, daß die Adoption Verwandtschaft nur zwischen denen begründet, zwischen denen sie Agnation begründet: A. 1796, die Lösung der Agnation aber zugleich auch das Ehehinderniß beseitigt, ausgenommen Adoptiv-Ascendenten und Descendenten: A. 1797.

weise nach Lösung des dieselbe begründenden Verhältnisses noch zur Wirksamkeit gelangt (A. 1797), so wird diese in der gegenwärtigen Periode als Ehehinderniß anerkannt und zwar nicht allein innerhalb der vom Rechte im Allgemeinen festgehaltenen normalen Grade: zwischen Schwieger- und Stief-Eltern und -Kindern (A. 1853) und mit deren Ascendenten und Descendenten (A. 1854), sowie mit den Ascendenten des Verlobten und den Verlobten der Ascendenten und Descendenten (A. 1855), sondern es treten auch dazu noch vier weitere Gruppen: theils nämlich die Stief-Großeltern und ferneren Ascendenten,[1872]) theils die Descendenten des geschiedenen Ehegatten aus nachfolgender Ehe,[1873]) theils die Ehegatten der Stief-Eltern und -Kinder,[1874]) theils endlich die Ehegatten in Ehe ohne manus des Adoptiv-Vaters oder -Sohnes und dies selbst nach eingetretener Emancipation des Sohnes.[1875]) Dahingegen waren gestattet die Ehen mit der Frau des Bruders und der Schwester der Frau,[1876]) bis endlich Diocl. im C. Just. V, 5, 5 ebensowohl auch solche Ehe, wie die zwischen Kindern aus verschiedenen Ehen zweier Gatten verbot.[1877])

Und endlich fügt hierzu Alex. im C. Just. V, 4, 4 noch das Verbot der Ehe des Sohnes mit des Vaters Concubine.

1872) Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. § 4): avi und proavi uxor, somit quasi noverca. — Daß die frühere Zeit in der Affinität kein Ehehinderniß anerkannte, ergiebt die Ehe zwischen Sassia und ihrem Schwiegersohne A. Aurius Melinus: Cic. p. Cluent. 5, 13.

1873) Jul. bei Ulp. 26 ad Sab. (D. XXIII, 2, 12. § 3) und in J. Just. I, 10, 9. Dies ist ein ganz anomaler Satz, da erst nach gelöster Affinität die Pseudo-Affinität entsteht.

1874) So zwischen noverca und vir privignae, zwischen uxor privigni und vitricus: Pap. 4 Resp. (D. XXIII, 2, 15).

1875) Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. pr. § 1. 4). Die obigen Eheverbote recapituliren Diocl. et Max. im C. Herm. V, 1, 2. (Collat. VI, 4, 5. und interpolirt im C. Just. V, 4, 17) v. J. 295, die folgende ehehindernde Verwandtschaftsverhältnisse namentlich machen: I. Cognation: A. Zwischen Ascendenten und Descendenten: filia, neptis, proneptis; mater, avia, proavia; B. von Collateralen: soror; sororis filia, amita, matertera; sororis neptis; II. Affinität: A. privigna, noverca, socrus, nurus; B. „cum ceteris, quae antiquo iure prohibentur".

1876) Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 6. 7).

1877) J. Just. I, 10, 8.

Jene gesammte eherechtliche Ordnung aber wird von der zwiefältigen Tendenz beeinflußt, auf der einen Seite die Ehe zwischen Collateralen im vierten Grade, wie zwischen Affinen freizugeben, auf der anderen Seite aber alle diejenigen Cognaten, welche die nächsten Collateralen von Ascendenten sind, wie die Ascendenten, Descendenten und Ehegatten von Affinen von der Ehe auszuschließen, und dies zwar mit Rücksicht darauf, weil die betreffenden „parentum liberorumque loco habentur.“[1878])

§ 153.

Fortsetzung.

(Die historische Ausprägung der Principien von Beginn der Kaiserzeit bis Diocletian.)

Was die privilegirten Verwandtengruppen betrifft, so wird hier nur in vereinzelter Maaße eine besondere Berücksichtigung zu Theil den Cognaten für sich d. h. mit Ausschluß der Affinen. Vielmehr greifen, nachdem bereits die vorige Periode denselben die so wichtige B. P. unde cognati verliehen hatte, in dieser Richtung nur noch ein theils die lex Papia caducaria, wonach die Ehe zwischen Cognaten den Gatten die solidi capacitas gewährt (A. 1845), theils die civilprocessualischen Rechtssätze, daß als assertor in libertatem der Cognat auch wider Willen des in possessione servitutis Befindlichen auftreten kann,[1879]) sowie daß

1878) Paul. Diac. v. avunculus p. 14. Paul. 6 ad Plaut. (D. XXIII, 2, 39. pr.), Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 7); J. Just. I, 10, 5—7. vgl. Gai. I, 59. Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 16); J. Just. I, 10, 1. sowie Cujac. Observ. IX, 18. Dirksen, Beitr. 248 fg. Die Herleitung eines Eheverbotes aus jenem parentum loco haberi ist neu, da bei den Eheverboten der früheren Perioden die Ehen zwischen den fraglichen Personen über den verbotenen Verwandtschaftsgrad hinaus keinen practisch vorkömmlichen Fall ergeben, indem z. B. beim Eheverbote bis zum vierten Grade (A. 1822) zwar nicht das Gesetz, wohl aber die Altersverhältnisse die Ehe zwischen Urgroßonkel und Urgroßnichte ohne Weiteres ausschlossen. Dagegen ist die Auffassung der Betreffenden als parentum loco habiti sehr alt. Vgl. auch A. 1939.

1879) Ulp. 54 ad Ed. (D. XL, 12, 1. 3. pr. § 2): parens, filius, cognati; mater, filia, soror, cognata.

bei der venditio bonorum der Cognat ein prärogatives Erstehungsrecht gegenüber demjenigen extraneus hat, der nicht zugleich Creditor des Cridares ist.[1880])

Dagegen aber wird mit zahlreichen Privilegien ausgestattet die Gruppe der Ascendenten und Descendenten, bestimmt durch die leitende Tendenz der Rechtsbildung, an Stelle des zerfallenden, altüberlieferten Hausregimentes: der patria potestas eine neue Rechtsordnung, gestützt auf das Eltern- und Kindschafts-Verhältniß, zu setzen. Und zwar werden die einschlagenden Rechtssätze vor Allem von dem Gesichtspunkte bestimmt, den den Ascendenten zukommenden Anspruch auf Respect zu wahren und zu sichern, ein Motiv, welches zu Grunde liegt den Rechtssätzen, zunächst daß die Injurie gegen Ascendenten stets eine atrox, und gegen Vater oder Mutter begangen extra ordinem criminell zu ahnden sei;[1881]) sodann daß weder accusationes (A. 1884), noch actiones famosae,[1882]) noch solche Rechtsmittel, welche auf eine in der gemeinen Meinung herabwürdigende Handlung concipirt sind,[1883]) wider die Ascendenten angestellt werden dürfen, indem vielmehr beidemal insoweit, als Einreden oder reipersecutorische oder gemischte Klagen in Frage kommen, diesfalls durch Abänderung des betreffenden Ausdruckes der formula nachzuhelfen

---

1880) Gai. 28 ad Ed. prov. (D. XLII, 5, 16). — Die lex Jul. vicesim. habe ich nicht hierher, sondern in § 152 gestellt, weil sie die Affinen nicht principiell, sondern nur folgeweise ausschließt: in Folge des Umstandes, daß dieselben überhaupt kein Intestanterbrecht hatten.

1881) Lab. bei Ulp. 57 ad Ed. (D. XLVII, 10, 7. § 8). — Ulp. 1 Opin. (D. XXXVII, 5, 1. § 2. vgl. § 3); Valer. et Gall. im C. Just. VIII, 47, 4.

1882) Ulp. 10 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 5. § 1); so a. de dolo: Jul. 14 Dig. (D. cit. 2. pr.); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 11. § 1); Diocl. im C. Just. II, 21, 5; a. iniuriar.: Jul. 14 Dig. (D. XXXVII, 15, 2. pr.), wovon jedoch eine Ausnahme wegen atrox iniuria zu Gunsten der emancipirten Kinder zugelassen wird von Ulp. 57 ad Ed. (D. XLVII, 10, 7. § 3).

1883) Ulp. 10. 76 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 5. § 1. XLIV, 4, 4. § 16); so exc. doli mali und quod met. c.: Ulp. 10. 76 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 7. § 2. XLIV, 4, 4. § 16. 34); interd. Unde vi und Quod vi aut clam: Jul. 14 Dig. (D. XXXVII, 15, 2); Ulp. 10 ad Ed. (D. cit. 7. § 2); a. de pecunia calumniae c. accepta: Ulp. cit. (D. cit. 5. pr.); iusiur. de calumnia: Ulp. cit. (D. cit. 7. § 8); vgl. Ulp. cit. (D. cit. 7. § 4. XII, 2, 16); a. de servo corrupto: Paul. 11 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 6).

und wiederum eine derartige actio anstatt der accusatio anzustellen ist; [1884]) dann wiederum, daß die rest. in integr. gegenüber den Ascendenten ausgeschlossen ward; [1885]) sowie endlich daß die in ius vocatio der Ascendenten durch das Edict in Dig. II, 4, 4. § 1 von der Genehmigung des ius dicens abhängig gemacht ist, das Zuwiderhandeln aber als Proceßdelict geahndet wird. [1886])

Dann wieder einer zweiten Classe von Satzungen liegt der Gesichtspunkt zu Grunde, den Anspruch, wie die Verbindlichkeit einer gegenseitigen Förderung und Vertretung der Interessen sicher zu stellen, und so zwar der Befreiung der Schenkung zwischen Eltern und Kindern von solenner Form (A. 524), der Verpflichtung von Ascendenten, wie Descendenten, im Nothfalle einander zu alimentiren, [1887]) der Verpflichtung der väterlichen Ascendenten, wie im Nothfalle auch der Mutter zur Dotirung der Tochter, [1888]) der durch ein Rescript Sever's

---

1884) So z. B. in der a. de dolo statt „dolo malo factum esse" ein „contra bonam fidem factum esse" (vgl. A. 1594): Ulp. 11 ad Ed. und Diocl. in A. 1882; und ähnlich in der a. de pecun. calumn. c. acc.: Ulp. 10 ad Ed. in A. 1883; bei den Klagen wegen vis: Macer 2 de iud. publ. (D. XLVIII, 2, 11. § 1); bei Exceptionen: Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 16). Wegen der accusatio: Macer cit. vgl. Nov. 115. c. 3. § 3.

1885) Eine andere Ansicht ließ die rest. des Minderjährigen insoweit zu, als dabei den Ascendenten nicht ein dolus malus imputirt wurde: Justin. im Cod. II, 42, 2.

1886) S. § 77. Ulp. 5. 6 ad Ed. (D. II, 4, 4. § 2. 3. fr. 8. pr. III, 1, 1, § 11); Paul. 4 ad Ed. (D. II, 4, 5. 7), 1 Sent. (D. cit. 6); J. Just. IV, 16, 3. Das Edict gehört dem Ausgange der vorigen Periode an: Ofil. bei Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 7, 1. § 2); dann Lab. bei Ulp. cit. (D. II, 4, 4. § 3).

1887) Marcell. 1 ad l. Jul. et Pap. (D. XXV, 3, 8); Ulp. 2 de Off. Cons. (D. cit. 5. pr. — § 8. 12. 14), Anton. et Ver. im C. Just. V, 25, 3. Sev. et Car. das. c. 4. Valent. Val. et Grat. das. VIII, 52, 2. Justinian. das. VI, 61, 8. § 4. 5. vgl. Sen. Contr. I, 1. 7. VII, 19. Exc. contr. I, 1, 7. VII, 4. Pseudo-Quint. Decl. 5. Darauf beruht auch die missio in possess. ventris nomine: Ulp. 41 ad Ed. (D. XXXVII, 9, 1. § 2). — Jul. bei Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 2); Ulp. 2 de Off. Cons. (D. XXV, 3, 5. pr. § 3. 4. 8—10. 13. 15. 16); Anton. im C. Just. V, 25, 1. Anton. et Ver. das. c. 2. Justinian. das. VI, 61, 8. § 4. vgl. Nov. 117. c. 7. Im Allgemeinen vgl. Mandry, Familiengüterrecht I, 246 fg. Brinz, Pand. § 282 unter 4.

1888) Nach der lex. Jul. de maritand. ordin. war dies lediglich Pflicht des paterfamilias: Marc. 14 Inst. (D. XXIII, 2, 19), ward aber später in eine Pflicht des väterlichen Ascendenten überhaupt gegen die auch nicht in

der Mutter auferlegten Verpflichtung, für das unmündige Kind einen tauglichen Vormund und zwar bei Verlust ihres Civil-Intestaterbrechtes gegen das Erstere zu erbitten,[1889]) wie nicht minder dem bedingten Anspruche der Mutter auf Erziehung des Kindes.[1890]) Dann gehört hierher in civilprocessualischer Beziehung das beneficium competentiae der Eltern gegenüber dem Kinde,[1891]) denen zugleich der Schwiegervater gegenüber der a. ex stipulatu des Schwiegersohnes auf Numeration der dos promissa während des Bestandes von dessen Ehe gleichgestellt ist,[1892]) sowie die Vorschrift des Edictes in Dig. II, 8, 2. § 2, welche als Proceßdelict (§ 77) mit Strafe bedroht die verweigerte Annahme des fideiussor iudicio sistendi causa datus, dafern solcher von Ascendenten oder Descendenten oder auch von der Schwiegertochter offerirt ist,[1893]) wie endlich die Unfähigkeit von

---

potestate befindliche Descendentin umgewandelt: Cels. 10 Dig. (D. XXXVII, 6, 6); Justinian. im Cod. V, 11, 7. vgl. Nov. 97. c. 5. und dann auch im Nothfalle der Mutter auferlegt: Diocl. das. V, 12, 14. (wo das „lege specialiter expressa" auf Municipal- und Provinzialgesetze geht: Thl. II § 103); vgl. Mandry a. O. 234 fg. Brinz, a. O. § 282 unter 5.

1889) Das Rescript geben Modest. 1 Excus. (D. XXVI, 6, 2. § 2) und Ulp. 18 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2. § 23); im Uebrigen vgl. Ulp. cit. (D. cit. § 23 fg.); Tryph. 13 Disp. (D. XXVI, 6, 4); Modest. cit. (D. cit. 2. § 1); Diocl. im C. Just. V, 31, 8. Zeno das. c. 11. J. Just. III, 3, 6.

1890 Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 30, 1. § 3. fr. 3. § 5); Alex. im C. Just. V, 49, 1. Diocl. das. V, 24, 1. Nov. 117. c. 7. Dagegen das entsprechende Recht des Vaters ist durchaus Bestandtheil der patria potestas.

1891) Ulp. 11. 63 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 7. § 1. XLII, 1, 16); J. Just. IV, 6, 38. — Die Folgerung des benef. compet. für Geschwister aus Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 63. pr.) ist gegenüber dem Stillschweigen der Quellen um so bedenklicher, als die dort gegebene Entscheidung von Sabinus, der Entscheidungsgrund aber von Ulpian herrührt.

1892) Proc. und Nerat. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXIV, 3, 17. pr.); Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. XLII, 1, 22. pr.); Paul. 6 ad Plaut. (D. cit. 21), Not. ad Lab. 6 Pith. (D. XXIII, 3, 84); vgl. Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 16). Dies benefic. wird von Lab. cit. negirt, von Proc. und Ner. citt. affirmirt, ohne daß jedoch, wie Nerat. bei Paul. 6 ad Plaut. cit. bekundet, die Praxis bis dahin solche Lehrmeinung adoptirt hatte. — Dagegen das benefic. compet. des Empfängers der Dos oder seiner Kinder als Erben gegenüber der a. rei uxoriae stützt sich nicht auf die sanguinis ratio, sondern auf die Qualität des Debitum: es erlischt nicht mit der Lösung der Affinität.

1893) Vgl. Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 8, 2. § 3).

Ascendenten und Descendenten zum Zeugniß für oder gegen einander im Criminal-, wie Civilprocesse.[1894])

Und eine dritte Classe von Rechtssätzen gewährt endlich den Ascendenten und Descendenten ein privilegirtes Successionsrecht: nämlich das edictum de legatis praestandis contra tabulas bon. possessione petita, welches gegenüber der B. P. contra tab. die Legate und Fideicommisse, sowie nach späterer Erweiterung auch die mortis causa donatio und heredis institutio zu Gunsten der Descendenten und Ascendenten aufrecht erhält,[1895]) sowie der Rechtssatz, daß bei legatum rei alienae an die Nämlichen der Irrthum des Testator über sein Eigenthumsrecht an der res legata irrelevant ist;[1896]) dann die lex Papia Poppaea caducaria, indem sie den Ascendenten und Descendenten bis zum dritten Grade im Falle des Cölibates und resp. der Orbität das Accrescenzrecht beläßt;[1897]) nicht minder die Rechtssätze, daß den Kindern in beliebigen Worten ein Fideicommiß hinterlassen werden könne (A. 688) und daß bei crimineller Vermögensconfiscation den in iustae nuptiae erzeugten, wie adoptirten Kindern je ein Zwölf-

---

1894) Paul. sent. rec. V, 15, 3 (Collat. IX, 3, 3); Diocl. im C. Just. IV, 20, 6; vgl. Geib, Crim. Pr. 386. Einen Gegensatz ergiebt Ulp. 3 ad Ed. (D. II, 1, 10): qui iurisdictioni praeest, neque sibi ius dicere debet, neque uxori vel liberis suis, neque — ceteris, quos secum habet, wo die Hausangehörigkeit, nicht die Verwandtschaft den Entscheidungsgrund ergiebt.

1895) Jul. 23 Dig. (D. XXXVII, 5, 2. 6); Ulp. 40 ad Ed. (D. cit. 1. 3. § 1 fg.); Alex. im C. Just. VI, 12, 1. und zwar mit Inbegriff der in adoptionem dati: Ulp. cit. (D. cit. 1. § 2), wogegen ein privilegium dotis der gleiche Anspruch der uxor und nurus auf relegatum dotis ist. — Mort. c. don.: Ulp. cit. (D. cit. 3. pr.); testament. Erbtheil, der jedoch eventuell auf Kopftheil gemindert wird: Jul. bei Ulp. cit. (D. cit. 5. § 6), rescr. Anton. Pii bei Ulp. cit. und Tryph. 16 Disp. (D. cit. 7); vgl. Afr. 4 Quaest. (D. XXXVII, 4, 14. pr.). Somit blieb es für die zur B. P. unde liberi berufenen, institutirten Kinder im Effecte gleich, ob sie auf obiges Edict oder auf das über die B. P. contra tab. comisso per alium edicto ihren Erbanspruch stützten.

1896) Pomp. 5 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 10); Alex. im C. Just. VI, 37, 10.

1897) Ulp. XVIII. Justinian. im Cod. VI, 51. pr. vgl. Cels. 36 Dig. (D. XXXI, 1, 29. § 2); Ulp. I, 21. XXV, 17.

theil ihrer Intestaterbportion ungeschmälert zu belassen sei;[1898]) wie endlich auch die civilen und honorarischen Intestaterb-Ordnungen betreffs der Ascendenten und Descendenten sammt der querela inofficiosae donationis, einer qualificirten rei vindicatio, welche den Kindern wegen Verletzung des Pflichttheiles durch Schenkung unter Lebenden Seitens der Eltern wider den Beschenkten von Sev. Alex. gegeben ward.[1898a])

Und zwar, was zunächst die civilen Intestaterb-Ordnungen betrifft, so ward zuvörderst der Mutter ein Erbrecht gegen die Kinder verliehen: zuerst durch den Kaiser Claudius, welcher die uxor in manu gegenüber ihren Kindern als eigene Erbclasse zwischen die sui und die consanguinei einschob und sonach vor den Letzteren und mit Ausschluß derselben zur hereditas legitima berief;[1899]) und sodann durch das S. C. Tertullianum unter Hadrian,

1898) Die Vermögensconfiscation als gesetzliche Maaßregel beginnt, abgesehen von der alten sacratio capitis, mit der lex Cornelia de proscriptione v. 673, welche das gesammte Vermögen des proscribirten Hochverräthers ergriff: Cic. p. Rosc. Am. 43, 126. Vell. Pat. II, 28. Quint. J. O. XI, 1, 85 u. a. m. Diese Strafe ward dann neu geregelt durch Cäsars leges de vi und maiestatis v. 708, wonach die Confiscation lediglich theils bei perduellio: Ulp. 8 Disp. (D. XLVIII, 4, 11), wozu vgl. Plin. Pan. 42. Dio Cass. LVIII, 14—16. Tac. Ann. VI, 29, theils beim paricidium im alten Umfange beibehalten, bei den übrigen Capitalverbrechen dagegen auf die Hälfte des Vermögens herabgesetzt ward: Cic. bei Suet. Caes. 42. Hadrian reformirt indeß dieses Recht dahin, daß nicht nur die confiscirten Güter statt an den kaiserlichen Fiscus an das Staatsärar überwiesen wurden: Spart. Hadr. 7, wozu vgl. Ulp. 7 de Off. proc. (D. XLVIII, 8, 4. § 2), sondern auch der ganz neue legislatorische Gedanke verwirklicht ward, es seien die Kinder des Verbrechers dahin zu privilegiren, daß dieselben unbedingt eine bestimmte Quote des Vermögens und zwar je $^1/_{12}$ empfingen: Spart. Hadr. 18: liberis proscriptorum duodecimas bonorum concessit. Und diese Rechtsordnung blieb nun, wenn auch von einzelnen Kaisern mißachtet: Rein, Crim. Rt. 539, doch als Regel in Bestand: Callistr. 1 de iur. fisc. (D. XLVIII, 20, 1. § 1. 2), Paul. de part. quae. lib. damn. (D. cit. 7. pr. § 2—4) und ward von den gerechten Kaisern beobachtet: vgl. Capit. Ant. Phil. 24. Avid. Cass. 11 fg. Vgl. A. 1139. 1934. Burchardi, Lehrb. § 294. Rein, a. O. 35. 537 fg. und in Pauly's Realenc. VI, 250. Wegen des späteren Rechtes s. A. 1934.

1898a) Alex. bei Paul. 14 Resp. (D. XXXI, 1, 78. § 3), wozu vgl. Gord. im C. Just. VIII, 57, 2. sowie Francke, Rt. der Notherben 499, Mühlenbruch in Glück, Pand. XXXVI, 42 fg.

1899) J. Just. III, 3, 1: divus Claudius matri ad solatium liberorum

welches, die claudische Erbordnung aufhebend, die alte Aufeinanderfolge der sui und consanguinei wieder herstellte, dagegen aber in dem Falle des Ueberlebens einer Mutter mit ius liberorum jene letztere Classe selbst wieder in der Weise spaltete, daß bei Vorhandensein von consanguinei diese die Mutter ausschlossen und diesfalls somit die alte Erbordnung Platz griff, anderenfalls dagegen die Mutter in die Classe der consanguineae eintrat und sei es mit diesen zur Hälfte, sei es ohne diese unter Ausschluß der agnati erbte. Gegenüber den Libertinen, wie Emancipirten aber ward der Patron in seiner dem consanguineus parallelen Stellung belassen.[1900])

Hinwiederum den Kindern i. e. S., gleichviel ob ehelich oder unehelich, ob cap. deminuti oder nicht, aber nur dafern ingenui cives Romani und nicht infames, gab das S. C. Orphitianum von 178 ein Erbrecht gegen die Mutter, indem die Ersteren gegenüber der mater ingenua, wie a patre emancipata mit ius liberorum vor die Classe der consanguinei und resp. des pater manumissor und somit parallel der Classe der sui eintraten, gegenüber der mater liberta, wie a patre emancipata ohne ius liberorum aber in die Classe von patronus, pater manumissor eintraten,[1901]) Bestimmungen, welche das Erbrecht der letzteren Beiden ganz wesentlich umgestalteten.

Sonach aber ergiebt sich seit dem S. C. Tertull. und Orphit. für die gegenwärtige Periode folgendes Erbsystem der hereditas legitima ab intestato:[1902])

---

amissorum legitimam eorum detulit hereditatem, somit die der Mutter, als consanguinea, deferirte legitima hereditas ward ihr allein überwiesen und mit Ausschluß aller übrigen consanguinei, consanguineae.

1900) Gai. III, 33a. Ulp. XXVI, 8. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2. § 6. 15. 17. 47); Paul. ad. S. C. Tert. (D. cit. 5), sent. rec. IV, 9, 1; J. Just. III, 3, 2. fg. Justinian. im Cod. VI, 56, 7. pr. Nov. 22. c. 47. § 2. vgl. Valent. im C. Th. V, 1, 2.

1901) Gai. ad S. C. Orphit. (D. XXXVIII, 17, 9); Ulp. 12 ad Sab. (D. cit. 1); Paul. ad S. C. Orph. (D. cit. 6. § 1), sent. rec. IV, 10. Modest. 9 Reg. (D. XXXVIII, 17, 4); Alex. im C. Just. VI, 57, 1. J. Just. III, 4, pr. § 3. III, 3, 3. Den Ausschließungsgrund der infamia beseitigte die spätere Jurisprudenz: Ulp. 12 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 1. § 6.) vgl. Glück, Intestaterbf. 263.

1902) Die Erben beider Sen. Consulte hatten natürlich auch B. P. unde

I. Gegenüber dem ingenuus, a parente naturali emancipatus, libertus civis Romanus, ingenua, a parente naturali emancipata mit ius liberorum:

1. Cl. gegenüber ingenui, emancipati, wie liberti mit mindestens drei leiblichen Kindern oder weniger als 100,000 Sesterzien im Vermögen: sui, suae: iure antiquo;
   gegenüber liberti mit weniger als drei leiblichen Kindern und mindestens 100,000 Sesterzien im Vermögen: sui, suae und patronus, patrona mit ius III liberorum oder die männliche Descendenz Beider resp. mit einem Kinde je nach Kopftheil: lege Papia Poppaea (Gai. III, 42. 45. 50. 53. Ulp. XXIX, 7. wie A. 1839b);
   gegenüber ingenuae und emancipatae: filii, filiae ingenui cives Rom.: S. Cto. Orphit.;
2. Cl. gegenüber ingenui, ingenuae, dafern die Mutter mit ius liberorum am Leben ist: consanguinei allein: S. Cto. Tertull.; anderenfalls: consanguinei, consanguineae: iure antiquo;
   gegenüber emancipati, emancipatae, liberti: pater manumissor, resp. patronus oder dessen agnatische Descendenz, patrona: iure antiquo (A. 1903), oder filius patronae mit einem Kinde: lege Papia Poppaea (A. 1839b);
3. Cl. consanguineae und mater mit ius liberorum je zur Hälfte: S. Cto. Tertull.;
4. Cl. gegenüber ingenui, ingenuae: agnati: iure antiquo;
   gegenüber emancipati, emancipatae: avus, proavus etc. manumissor: S. Cto. Tertull.

---

legitimi. Allein überdem griff das Edict in Einem Punkte auch modificirend in das Recht des S. C. Tert. ein: dafern ein pater naturalis vorhanden war, der nicht als heres legitimus, sondern erst in der Classe unde cognati succedirte, so dafern der avus den Enkel manumittirt oder der pater manumissor nachher cap. dem. minima erlitten hatte, wird derselbe von der Mutter nur dann ausgeschlossen, wenn hinter derselben agnati stehen oder die neben derselben stehenden consanguineae antreten; anderenfalls dagegen, dafern somit die Mutter allein zur Succession gelangen würde, giebt das Edict ganz singulärer Weise dem Vater B. P. unde cognati cum re gegenüber der Mutter oder, mit anderen Worten, es beruft zugleich Beide zur B. P. unde cognati: Ulp. XXVI, 8. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2. § 17. 18); Paul. 3 ad S. C. Tert. (D. cit. 5. § 2); Modest. Reg. (D. cit. 3).

II. Gegenüber der a parente naturali emancipata ohne ius liberorum und der liberta civis Romana:

1. Cl. filii, filiae ingenui cives Romani und pater manumissor, resp. patronus, patrona oder die männliche Descendenz Beider resp. mit einem Kinde oder filia patroni mit ius liberorum, nach dem Vorgange der lex Papia Poppaea zweifelsohne je nach Kopftheil: S. Cto. Orphit.[1903])

2. Cl. mater mit ius liberorum: S. Cto. Tertull.

3. Cl. avus, proavus etc. manumissor: S. Cto. Tertull.

Dagegen das prätorische Edict gab den Descendenten ein prärogatives Erbrecht theils in der B. P. unde liberi, theils in der B. P. contra tabulas zum Schutze des Notherbrechtes der in der Classe unde liberi Berufenen. Und zwar wurden dort durch das Edict neben den sui auch die blutsverwandten emancipirten Descendenten, nicht aber die in adoptionem dati zur Succession in den Nachlaß des väterlichen Ascendenten berufen,[1904]) neben

1903) Wegen des patronus vgl. Gai. III, 44. 47. Ulp. XXIX, 3. 12 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 1. § 9: si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur): vgl. Th. et Valent. in Nov. Val. XXIV, 1, 6. Wegen des pater manumissor: Ulp. XXVI, 8. 13 ad Sab. (D. cit. 2. § 15); vgl. Modest. 8 Reg. (D. cit. 3); Grat. Val. et Th. im C. Th. V, 1, 3. Auf beide Personen bezieht sich das S. C. Orph. in Dig. XXXVIII, 17, 1. § 9: si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. Vgl. Schmidt, Pflichttheilsr. des Patronus 24 A. 53. Wegen des avus etc. manumissor: Ulp. 13 ad Sab. cit. Paul. ad S. C. Tert. (D. cit. 5. § 2). Der pater adoptivus manumissor hat consequenter Weise gar kein Erbrecht: Ulp. 13 ad Sab. cit. Wegen der filia patroni: Gai. III, 47. Wegen filius patroni, patronae: Gai. III, 45. 53 f. A. 1839 b. Wegen der patrona: Gai. III, 51.

1904) Vgl. A. 1795. Die Bezeichnung dieser Erbclasse in dem S. C. Tert. lautete: suus heres quive inter suos heredes ad bon. possessionem a praetore vocatur: Ulp. XXVI, 8 vgl. J. Just. III, 3, 3. — Die Nichtexistenz dieser B. P. in voriger Periode ergiebt sich aus dem Edicte in A. 1828, insofern dieses nach Ulp. XXIX, 1 nur die sui naturales, nicht aber die cognatischen Descendenten dem Patrone entgegenstellte. Denn wenn Gai. III, 41 Gleiches auch noch von den emancipati, wie in adoptionem dati berichtet, so ist dies sicher neueres, ja beziehentlich neuestes Recht: A. 1907. Im Uebrigen vgl. Leist in Glück, Pand. Bücher 37. 38 Thl. II, 10 fg. Da indeß die B. P. contra tab. der liberi bekannt ist dem Lab. bei Ulp. 40 ad Ed. (D. XXXVII, 4, 8. § 11) und diese jene erstere voraussetzt, so sind beiderlei Edicte dem Zeitalter August's zu überweisen. Allein zuerst ist die B. P. unde liberi

welche dann die Rechtswissenschaft und resp. Legislation noch drei verschiedene Classen von Personen stellte: zunächst das nach der Emancipation des Sohnes von demselben erzeugte Kind gegenüber seinem avus naturalis,[1905]) sodann das in der patria potestas seines Großvaters verbliebene Kind eines emancipatus gegenüber seinem pater naturalis,[1906]) wie endlich unter gewissen Voraussetzungen den in adoptionem datus,[1907]) in allen welchen Fällen somit die B. P. nicht als edictalis, sondern als decretalis ertheilt ward.[1908]) Dagegen die B. P. contra tabulas schützte vornämlich[1909]) das Erbrecht der in der Classe unde liberi Be-

---

zweifelsohne als Erbordnung der Latini ingenui durch das edictum peregrinum und somit bereits in der vorigen Periode proponirt worden: Thl. II, 747. vgl. oben A. 1839, so daß sie von dort aus in das edict. urbanum recipirt wurde. — Dafern die B. P. unde liberi in den Nachlaß des libertus civis gegeben ward, so concurrirte damit die B. P. contra liberos des Patrones nach der lex Pap. Popp.

1905 Ulp. 39. 79 ad Ed. (D. XXXVII, 6, 5. pr.).

1906) Anton. et Ver. bei Ulp. 79. 39 ad Ed. (D. XXXVII, 6, 5. pr. XXXVIII, 6, 6) und bei Modest. 6 Pand. (D. XXXVII, 8, 4); vgl. Ulp. 39 ad Ed. (D. XXXVII, 4, 3. § 9).

1907) Nämlich a. der in adoptionem gegebene und bei Lebzeiten seines pater naturalis emancipirte Sohn gegenüber dem Letzteren: Gai. II, 137. Paul. 2 ad Sab. (D. XXXVIII, 6, 4); J. Just. II, 13, 4. III, 1, 10. 13; Justin. im Cod. VIII, 48, 10. pr.; b. der von dem in adoptionem Gegebene gezeugte und emancipirte Sohn gegenüber seinem avus naturalis: Afric. 4 Quaest. (D. XXXVII, 4, 14. § 1), Paul. 41 ad Ed. (D. cit. 6. § 4); c. der von seinem emancipirten Vater seinem avus naturalis in Adoption Gegebene gegenüber seinem pater naturalis: Ulp. 37 ad Ed. (D. cit. 3. § 8); d. der vom Großvater in adoptionem gegebene Enkel aus dem emancipirten verstorbenen Sohne gegenüber dem avus naturalis: Ulp. cit. (D. cit. 3. § 7). Dagegen entspricht dem Edicte, daß die B. P. unde liberi des emancipatus wider seinen Vater nicht verloren geht, wenn später der Letztere sich arrogiren ließ: Marcell. bei Ulp. 35 ad Sab. (D. cit. 17), was noch Jul. bestritt, damit zugleich bekundend, daß alle diese Sätze unter a—d postjulianisch sind.

1908) Die letztere verhält sich zu der ersteren, wie die a. in factum (z. B. leg. Aquiliae) zur directa.

1909) Daneben ward die B. P. contra tab. commisso per alium edicto in dem Falle, daß die B. P. contra tab. schlechthin begründet ist, den zu Erben eingesetzten Kindern ertheilt und zwar a. den zur B. P. unde libri Berufenen: Scaev. Quaest. (D. XXXII, 1, 103. § 2); Afric. 4 Quaest. (D. XXXVII, 4, 14. pr.); Ulp. 39. 40 ad Ed. (D. cit. 3. § 11. fr. 8. § 14. fr. 10. § 6); Paul. 41 ad Ed. (D. cit. 4. § 3); b. den in adoptionem dati: Lab.

rufenen,[1910]) indem solches zu einem Notherbrechte erhoben ward und zwar mit den Abweichungen vom Civilrechte, daß auch bezüglich der nepotes, pronepotes etc. die exheredatio nominatim facta erfordert,[1911]) sowie den filiae, nepotes, neptes etc. gleich den filii ein Anspruch auf das As gegeben wurde, eine Bestimmung, die jedoch Anton. Phil. bezüglich der filiae, neptes etc. dahin abänderte, daß dieselben nur die Quote erhalten sollten, welche sie nach ius civile durch die personale Accrescenz erhalten würden.[1912]) Endlich ertheilte das Edict nach Ulp. 45 ad Ed. (D. XXXVII, 12, 1. pr. § 1) auch wiederum dem manumissor pater, avus paternus, wie paterni avi pater eine B. P. contra tab. emancipati auf die Hälfte des Nachlasses, welche die Rechtswissenschaft nach Paul. 8 ad Plaut. (D. cit. 3. pr.) bei Erbeinsetzung einer turpis persona auf das As extendirte.

Dagegen eine durchaus singuläre Abkehr von der sanguinis ratio liegt in der oben unter I angegebenen Rechtsordnung der lex Papia Poppaea, welche in das Vermögen des libertus neben den sui schlechthin den Patronen ein ganz neues Successionsrecht beilegt, ja selbst B. P. contra tab. auf die entsprechende Erbquote ertheilt.

In einer weiteren Gruppe von Rechtssätzen sodann wird den Geschwistern eine gleich privilegirte Stellung, wie den Descendenten und Ascendenten eingeräumt und so zwar, abgesehen von der schon früher überlieferten querela inoff. testam.,[1913])

---

bei Ulp. 40 ad Ed. (D. cit. 8. § 11); Ulp. 40 ad Ed. (D. cit. 8. § 12. 13. fr. 10. § 1—3. XXXVII, 6, 1. § 14); Paul. 41 ad Ed. (D. XXXVII, 4, 11. pr.). Dagegen blieb den Kindern der Mutter gegenüber das Notherbrecht versagt: J. Just. III, 7, 3.

1910) Nicht bloß der durch das Edict, sondern auch der durch das ius civile (A. 1905—1907) Berufenen, so Afric. 4 Quaest. und Paul. 41 ad Ed. (A. 1907 unter b), Ulp. 37 ad Ed. (A. 1907 unter d), dahingegen nicht über jene Gränzen hinaus, somit insbesondere nicht der in adoptionem dati im Allgemeinen: Paul. 41 ad Ed. (A. 1907 unter b), wozu vgl. Justinian im Cod. VIII, 48, 10. pr. — Wegen des Alters des Edictes s. A. 1904.

1911) Gai. II, 125. 129. 135. Ulp. XXII, 23. Justin. im Cod. VI, 28, 4. pr. Jnst. II, 13, 3.

1912) Gai. II, 125. —Gai. II, 126. Justin. im Cod. VI, 28, 4. pr. Theoph. Par. II, 13, 3. vgl. Nov. Major. VI, 1, 3.

1913) Die gegenwärtige Periode erkannte an, daß die ferneren Ver-

welche jetzt nun ihre Durchbildung im Detail empfängt,[1914]) in der B. P. unde decem personae[1915]) und in dem Rechtssatze, daß die sanguinis ratio genüge, um für die bon. fid. a. das zur Obligation erforderte Interesse zu begründen (A. 1569).

Endlich die letzte Gruppe der privilegirten Personen sind die Ehegatten, denen einander gegenüber theils gewisse Cognatenrechte beigelegt sind: in dem Rechtssatze, daß die Frau als assertor in libertatem auch wider Willen des in possessione servitutis befindlichen Mannes auftreten kann,[1916]) theils aber auch gewisse den Ascendenten und Descendenten gewährte Rechte: nach Maaßgabe einer Constitution von Antoninus Pius das beneficium petentiae,[1917]) nach dem Edict in Dig. II, 8, 21. § 2 das Recht, daß der Gatte den vom Anderen offerirten fideiussor iudicio sistendi causa datus nicht zurückweisen dürfe (A. 1893), ferner das Recht, die vom Gatten legirte res aliena auch dann beanspruchen zu dürfen, wenn dieser im Irrthume über deren Eigenthumszuständigkeit sich befand (A. 1896), wie endlich in dem Rechtssatze, daß zwischen Gatten ebenso actiones famosae,

---

wandten zwar nicht im Principe, wohl aber durch das Fehlen jeglichen Präjudizes ausgeschlossen seien: Ulp. 14 ad Ed. (D. V, 2, 1. 6. pr.). Erst Dioclet. im C. Just. III, 28, 21 versagte denselben auch in thesi die Querel. Vgl. auch Brinz, Pand.: § 186.

1914) Namentlich gehört dieser Periode an die Fixirung des Pflichttheiles nach einer Quote des Intestat-Erbtheiles, wobei man die lex Falcidia mit ihrer Quart zur Analogie herbeizog: Gord. im C. Just. VIII, 57, 2. Diocl. et Max. das. III, 36, 21. Diocl. et Const. in fr. Vat. 281, wovon nun die spätere Zeit für den Pflichttheil die Benennung quarta Falcidia entnahm: Arc. et Hon. im C. Th. IX, 14, 3. § 2. Th. et Val. das. XVI, 8, 28. Nov. Maior. VI, 1, 3.

1915) Diese B. P. wird deferirt an pater, avus, avia paterni, materni; dann an filius, filia, nepos, neptis ex filio, filia; endlich an frater, soror consanguinei, uterini, somit bis zum zweiten Grade: Ulp. XXVIII, 7. 2 Inst. (Collat. XVI, 9, 2); J. Just. III, 9, 3. Theoph. in h. l. Das Edict ist jünger als das Unde liberi, da es auch die Kinder der filia beruft; im Uebrigen vgl. A. 1839.

1916) Ulp. 54 ad Ed. (D. XL, 12, 3. § 2); s. A. 1879. Daß jetzt die Rechtsbildung die Aufgabe übernahm, ein eigentliches Erbrecht zu bilden, erkennt bereits Roßbach, röm. Ehe 56 fg.

1917) Paul. 7 ad Sab. (D. XXIV, 3, 17. § 1); Modest. 2 Diff. (D. XLII, 1, 20); s. A. 1891.

als auch solche Rechtsmittel ausgeschlossen sind, welche auf eine in der gemeinen Meinung herabwürdigende Handlung concipirt sind, so insbesondere actiones poenales.[1918] Und dazu tritt endlich noch die B. P. unde vir et uxor.[1919]

Schließlich noch ist eine gesonderte Betrachtung einem der gegenwärtigen Periode angehörigen, höchst bemerkenswerthen Institute zuzuwenden: dem Familienrathe, der aus dem consilium vom alten iudicium domesticum des paterfamilias, wie tutor sich entwickelte und in Folge des Unterganges der Gentilität zu einem ächten Rechtsinstitute ausgebildet ward.

Unter den manichfachen Functionen nämlich, welche von Alters her der gens zufielen, lag derselben auch der Beruf ob, als Familienrath zu dienen d. h. bezüglich gewisser die persönlichen Verhältnisse der zur gens behörigen patresfamilias oder auch mulieres sui iuris berührender Fragen eine maaßgebende Entscheidung zu treffen. Und zwar weisen auf solche Stellung der gentes nicht allein die Quellenzeugnisse über verschiedene von denselben gefaßte Entscheidungen hin,[1920] sondern auch die Vorschrift der XII Tafeln, wonach zur cura furiosi, wie prodigi legitima die agnati und gentiles gleichmäßig berufen sind

---

1918) Gai. ad. Ed. praet. (D. XXV, 2, 2): in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem denegatur; Diocl. im C. Just. V, 21, 2: constante — matrimonio neutri eorum neque poenalis, neque famosa actio competit; und so insbesondere a. furti: Paul. 7 ad Sab. (D. cit. 1. 3. § 2), a. de dolo: Sev. und Car. im C. Just. V, 12, 1. Zulässig sind nur rein reipersecutorische Klagen: Jul. 19 Dig. (D. cit. 22. § 1); Ulp. 5 Reg. (D. cit. 24); Paul. cit. (D. cit. 6. § 5); Marc. 3 Reg. (D. cit. 25); Diocl. cit. oder Klagen mit veränderter formula: Sev. und Car. cit., Alles wie in A. 1882 fg.

1919) Diese B. P. muß jünger sein, als das S. C. Tertull. und ist demnach auf das edictum perpetuum selbst zurückzuführen. Anders Leist, a. O. I, 65.

1920) So bei Becker-Marquardt, r. Alterth. II, 1. A. 79. 80. V, 1. A. 2342. Schneider, r. Personennamen 24. Und solcher Gentilbeschluß, nicht aber, wie Menze, a. O. 28. A. 3 will, ein iudicium domesticum, liegt vor in dem Falle bei Val. Max. III, 5, 1: praeturam — cui propinqui ab eo (sc. Cn. Cornelio Scipione) pollui animadverterent, id egerunt, ne aut sellam ponere aut ius dicere auderet insuperque e manu anulum, in quo caput Africani sculptum erat, detraxerunt d. h. durch Gentilbeschluß ward dem entarteten Sohne des Africanus die Ausübung der Prätur, wie das Tragen des Familienringes untersagt.

(A. 1808), indem für die Auswahl und Bestimmung der unter den so berufenen Delaten geeigneten Persönlichkeit nothwendig eine Instanz gegeben sein mußte, als welche in jener ältesten Zeit unmöglich ein Magistrat, somit aber lediglich die gens fungiren konnte. Und in entsprechender Maaße haben wir der gens auch ebenso eine Concurrenz bei Beantragung der interdictio re et commercio, wie eine Mitwirkung bei Entscheidung der das Wohlergehen des Mündels betreffenden concreten Fragen, so z. B. wegen Unterbringung und Erziehung desselben, wegen Wahl von Verlobten und Gatten des Mädchens, wegen der Pubertät des Pupillen, nicht minder aber auch eine Ueberwachung des tutor impuberis beizumessen, um so mehr als einestheils das Verfahren wider den tutor suspectus damals nicht ex officio, sondern lediglich auf Grund eines vom Privaten erhobenen Rechtsmittels erfolgen konnte (vgl. A. 1926), und anderntheils der selbst in tutela impuberis oder in cura furiosi Stehende zugleich wieder tutor impuberis, wie mulieris sein konnte. Mit der gegenwärtigen Periode nun zersetzten sich die gentes, bedingt durch die eingetretenen historischen Wandelungen: denn theils war im Verlaufe der verflossenen Jahrhunderte die Nachweisbarkeit der ursprünglichen Verwandtschaft der gentiles völlig unmöglich geworden (A. 1805), so daß diese Verwandtschaft selbst nur noch als theoretischer Satz des Staatsrechtes, nicht aber als empirische Thatsache dem Volksbewußtsein entgegentrat, so aber die Gentilität auch keinen Stützpunkt mehr bieten konnte für das Gefühl verwandtschaftlicher Zusammenbehörigkeit, theils hatten in den vornehmen Geschlechten unterhalb der gentes einzelne Agnaten-Familien sich abgezweigt, welche, durch ein eigenes agnomen sich unterscheidend, ihrer Verwandtschaft unter einander sich deutlich bewußt waren und so nun dem Familien-Gefühle einen näherliegenden und faßbareren Stützpunkt boten; theils endlich waren und so namentlich in den Zeiten der Bürgerkriege manche althistorische Geschlechter, welche Träger einer durch die Tradition befestigten Gentilität waren, untergegangen oder verkümmert, während anderen auftretenden neuen Geschlechtern die historische Tradition einer altbegründeten Gentilität völlig mangelte. Mit dem so sich vollziehenden Untergange der Gentilität wurde daher die römische Familie eines Organes beraubt,

dessen sie namentlich auf dem Gebiete der Vormundschaft um so dringender bedurfte, als in deren Verwaltung bis auf Septimius Severus herab[1921]) die Magistratur ex officio gar nicht eingriff, gleichwohl aber manichfache Fragen, wie z. B. über die Unterbringung des Mündels im Interesse ebenso des Mündels, wie des Vormundes selbst am Angemessensten nicht dem Letzteren allein zur Entscheidung überlassen blieben. Und so daher führte das Bedürfniß des Lebens selbst darauf hin, für den untergegangenen gentilicischen Familienrath einen Ersatz zu suchen, den man nun in dem cognatischen Familienrathe fand, welcher selbst aus dem consilium des alten iudex domesticus herausgebildet ward.

Denn indem von Alters her ebenso die in aliena potestate, wie die in aliena tutela Befindlichen von dem regimen morum der Censur, wie, mit Ausnahme des paricidium, von der ordentlichen Criminaljurisdiction des Staates eximirt, vielmehr höchstens einer extraordinaria quaestio oder der tribunicischen Anklage unterstellt wurden, im Uebrigen aber dem sittenrichterlichen, wie jurisdictionellen Amte ihres paterfamilias, wie tutor unterworfen waren; indem sodann die Letzteren bei Ausübung solcher jurisdictionellen Function zur Herbeiziehung eines consilium cognatorum et affinium durch das Gebot der boni mores verpflichtet waren;[1922]) indem endlich solches Institut des iudicium domesticum sammt diesem consilium bis in die frühere Kaiserzeit sich

1921) Früher findet sich, abgesehen von der dem Provinzialedicte angehörigen Beschränkung der Veräußerungsbefugniß bei Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 2, 13. § 2), wozu vgl. Platner, Prozeß II, 281 fg., lediglich der der Zeit Hadrian's angehörige Satz der Wissenschaft, daß zu unentgeltlichen Veräußerungen der Tutor Decret des Prätors zu erbitten hat: Jul. 21 Dig. bei Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 2). Erst die Oratio Severi de tutoribus et curatoribus v. 195 greift bedeutungsvoll ein, namentlich durch Einführung der Obervormundschaft.

1922) Vgl. A. 366. 1814. Danz, R. G. § 189 d—f. § 190 unter 1 und die das. Citirten, Voigt, lex Maenia § 9. Danz weicht von der obigen Darstellung in drei Punkten ab; 1. die gleiche Gewalt, wie über uxor, nurus etc. in manu stehe dem Ehemanne auch über die nicht in manu befindliche Frau zu; allein a. dies wird widerlegt durch Liv. XXXIX, 18, 6: mulieres damnatas cognatis aut in quorum manu essent tradebant, ut ipsi in privato animadverterent in eas; b. da die nicht in manu mariti befindliche

erhielt;[1928]) so war nun hierin der Anknüpfungspunkt gegeben für jenen cognatischen Familienrath, dem wir in anderer Function als einer organischen Rechtsinstitution der späteren Kaiserzeit begegnen. Und zwar fungirt derselbe hier zuerst als Beirath des Prätor bei dessen Entscheidung über gewisse die Person des Pupillen betreffende Angelegenheiten: theils bei Entscheidung der

---

Frau dem iudicium domesticum ihres eigenen paterfamilias unterliegt, so würde daraus ein offener Conflict der Jurisdictionen sich ergeben; c. dieselbe gehört sicher nicht zu „domus familiaque" (A. 1944) ihres Gatten, folglich kann sie dessen domesticum iudicium nicht unterliegen; d. die Quellen stützen die iurisdictio domestica vielfach auf ein imperium domesticum (Voigt, a. O. A. 42), somit analog, wie im Staatsrechte; die Grundlage solches imperium ist aber die potestas des Gewalthabers (Thl. II § 36 fg.), die wiederum über die uxor in manu allein zustand; e. ein juristischer Gehalt der Ehe ohne manus, wie eine technische Bezeichnung der ehemännlichen Gewalt schlechthin ist für die frühere Zeit überhaupt erst noch nachzuweisen: der Mann hatte nicht einmal uxoris vindicatio; f. die Frage, wie es sich mit der nurus außer manus verhalte: ob hier auch der Ehemann oder ob dessen paterfam. und letzterenfalls auf Grund welchen Titels die Jurisdiction übe, dürfte nach der Annahme von Danz nicht ohne Widersprüche lösbar sein. — 2. Die Zuziehung eines consilium zum iudicium sei gegenüber der Frau nöthig gewesen, gegenüber Kindern nicht; allein sicher konnte hier, wie dort der Hausherr ohne consilium richten; allein ebenso sicher erforderten hier, wie dort ebensowohl die Sitte solches consilium, was gegenüber den Kindern Val. Max. V, 8, 3. Sen. de Clem. I, 15, 3 bezeugen, als auch der Censor, wie Prätor: der Mißbrauch der hausherrlichen Gewalt unterlag ebenso censorischer Ahndung: Becker, Alterth. II, 2. A. 546, als eventuell crimineller accusatio: Val. Max. VI, 3, 9. vgl. Klenze, in Ztschr. f. gesch. R. W. VI, 29. — 3. Frauen, die weder in väterlicher, noch ehemännlicher Gewalt stehen, seien durch Beschluß der Familienglieder bestraft worden; allein diesfalls muß doch eine organische Leitung der letzteren vorhanden gewesen sein, die nur dem tutor als demjenigen, welcher quasi parens est (Paul. 71 ad Ed.: fr. Vat. 304) obgelegen haben kann, dessen consilium dann die solchen Beschluß fassenden Cognaten und Affinen bildeten, womit im Uebrigen nicht ausgeschlossen ist, daß nicht der Tutor bei Strafe und zwar je nachdem des Mordes, der Körperverletzung, der Injurie oder dergl. nicht allein gleich dem pater jenes consilium berufen mußte, sondern auch weit kategorischer, als der pater an dessen Entscheidung gebunden war: Voigt, a. O. A. 49. Im Uebrigen vgl. § 50.

1928) Dasselbe wird noch bekundet für die Zeit Tibers und Neros: Suet. Tib. 35. Tac. Ann. XIII, 32, sowie indirect für die Zeit Hadrians: Marcian. 14 Inst. (D. XLVIII, 9, 5). Dagegen ist das Institut nicht mehr in Anwendung bei Ulp. 1 de adult. (D. XLVIII, 8, 2).

Frage, wem der Pupill zur Erziehung zu übergeben sei, theils bei der Wahl des Bräutigams und Ehegatten der Minderjährigen, wo neben den Verwandten auch dem Vormunde und resp. der Mutter eine Stimme zukommt und im Falle des Dissenses der Prätor entscheidet; theils sodann bei Entscheidung über die Ehe der Kinder eines Geisteskranken, wo wiederum neben den Verwandten auch dem curator furiosi oder dementis eine Stimme zukommt;[1924]) theils endlich bei gerichtlichem Einschreiten wider den abwesenden Vormund betreffs dessen Remotion, wo neben den Verwandten des Pupillen auch die amici des Angeschuldigten vom Prätor gehört werden,[1925]) und so nun endlich wohl auch bei den Erörterungen wegen der interdictio re et commercio.

Sodann zweitens tritt jener Familienrath auch ein als selbst-

---

1924) Sept. Sev. bei Ulp. 34 ad Ed. (D. XXVII, 2, 1. § 1): quum quidam testamento suo cavisset, ut filius apud substitutum educaretur, — rescripsit praetorem aestimare debere praesentibus ceteris propinquis liberorum; Sev. Alex. im C. Just. V, 49, 1 (223): educatio pupillorum tuorum nulli magis, quam matri eorum, si non vitricum eius induxerit, committenda est. Quando autem inter eam et cognatos et tutorem supra hoc orta fuerit dubitatio, aditus praeses provinciae — perpendet, ubi puer educari debeat; vgl. A. 1856. Klenze, a. O. 74 fg. — Sev. et Car. im C. Just. V, 4, 1 (199): quum de nuptiis puellae quaeritur, nec inter tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit, arbitrium praesidis provinciae necessarium est; Valent. Val. et Grat. im C. Th. III, 7, 1. § 1 (371): quodsi in condicionis delectu mulieris voluntas certat sententiae propinquorum, placet admodum, et in pupillarum coniunctionibus sanctum est, — si pares sunt genere ac moribus petitores, is potior aestimetur, quem sibi consulens mulier approbaverit; Hon. et Th. im C. Just. V, 4, 20 (408 oder 409): si sui iuris puella sit intra XXV annum constituta, — matris et propinquorum et ipsius quoque requiratur adultae iudicium; vgl. Scaev. 15 Dig. (D. XXXIII, 4, 14). — Justinian. im Cod. V, 4, 25 (530): aestimatione — praesidium (sc. provinciarum) — constituenda, praesentibus tam curatoribus dementis vel furiosi, quam his, qui ex genere eorum nobiliores sunt; Just. I, 10. pr.

1925) Tryph. 14 Disp. (D. XXVII, 2, 6): si absens sit tutor et alimenta pupillus desiderat, si quidem neglegentia et nimia cessatio in administratione tutoris obiiciatur, quae etiam ex hoc arguatur, quod per absentiam eius deserta derelictaque sunt pupilli negotia, evocatis affinibus (i. e. pupilli) atque amicis tutoris praetor edicto proposito causa cognita etiam absente tutore vel removendum eum, qui dignus tali nota videbitur, decernet vel adiungendum curatorem; vgl. Car. im C. Just. V, 50, 1.

ständige Instanz, berufen zum Eingreifen bei gewissen die Person des Pupillen betreffenden Angelegenheiten: theils bei Cognition über die Angemessenheit der Arrogation des Pupillen, theils zur Anstellung einer Vorerörterung und zur Ertheilung eines Vorbescheids, dafern ein Minderjähriger die postulatio suspecti curatoris wider seinen Curator erheben will, theils auch, namentlich in senatorischen Häusern, zur Ausübung einer die väterliche Autorität ersetzenden Disciplinargewalt über den Minderjährigen, wie zur Ertheilung des Eheconsenses bei Wiederverheirathung der Wittwe unter 25 Jahren.[1926])

Und endlich haben wir auch jetzt noch dem Familienrathe die Function beizumessen, unter den zur legitima cura furiosi, wie prodigi berufenen Agnaten die dazu geeignete Persönlichkeit auszuwählen.

Ueber die Zusammensetzung aber jenes Familienrathes geben die Quellen den genügenden Aufschluß: es umfaßt derselbe diejenigen Cognaten und Affinen, deren Verwandtschaft von dem Rechte selbst anerkannt wird: die sanguinis necessitate iuncti (Diocl.: A. 1926), die ex genere nobiliores (Justinian.: A. 1924), die necessarii (Sever. und Car., Ulp.: A. 1926), die propinqui (Sev., Sev. und Car., Valent. Val. et Grat., Hon. et Th.: A. 1924, Valent. et Val.: A. 1926), die cognati (Alex., Gord.: A. 1926), die affines (Tryph., Valent. Val. et Grat.: A. 1926).

1926) Diocl. im C. Just. VIII, 48, 2 (286): impuberem, quem ad vicem naturalis sobolis arrogare desideras, si hi, qui sanguinis necessitate iunguntur, id ei expedire apud praesidem provinciae confirmaverint, filium habebis, wozu vgl. Justinian. das. V, 59, 5, was neues Recht ist, da das ältere die Arrogation des Pupillen gar nicht kennt: Gell. V, 19, 10. — Sev. und Car. im C. Just. I, 26, 4: puberes — curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere; Ulp. 1 de Omn. trib. (D. XXVI, 10, 7. pr.): impuberibus quidem non permittitur suspectos facere (sc. tutores); adolescentibus plane volentibus suspectos facere curatores suos permittitur, dummodo ex consilio necessariorum id faciant; Gord. im C. Just. V, 43, 6 (238): removendi — licentia — ipsi, cuius res administrantur, si non impubes sit, arbitrio cognatorum bonae opinionis constitutorum conceditur. — Valentin. et Val. im C. Th. IX, 13, 1 (365): in corrigendis minoribus — senioribus propinquis tribuimus potestatem; — iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuvenis erratum. — Valent. Val. et Grat. im C. Th. III, 7, 1. pr. (371): consulatur affinitas, adhibeatur frequentia procerum.

§ 154.

4. Die historische Ausprägung der Principien von Constantin d. Gr. bis Justinian.

Die leitende Tendenz, von welcher die historischen Entwickelungen der gegenwärtigen Periode bestimmt werden, ist die Abstoßung des rigor, wie die Ueberleitung der demselben angehörigen Rechtsinstitute in die Sphäre der aequitas, im Allgemeinen aber die Fortbildung alles Ueberlieferten im Geiste und gemäß den Anforderungen der Letzteren.

Denn, was zunächst den rigor betrifft, so behauptet sich von den von der vorigen Periode auf dieser Grundlage belassenen Rechtsinstituten lediglich ein einziges noch in solcher Stellung: die patria potestas, und selbst dies nicht, ohne daß neben derselben ein eigenes Eltern- und Kindschaftsrecht steht, überdem aber auch dieselbe in dem einen ihrer Begründungsacte, in der Adoption ganz bedeutend beschränkt wird durch die Vorschriften Justinian's, daß die althergebrachten Effecte nur dann noch derselben zukommen, wenn die datio in adoptionem an einen natürlichen ehelichen Ascendenten beschieht, allein auch diesfalls jene Effecte dann wieder aufgehoben und namentlich die zerstörte Suität wie patria potestas bezüglich des naturalis pater restituirt werden, wenn der adoptivus pater bei Lebzeiten des Ersteren den adoptivus filius emancipirt; daß dagegen bei datio in adoptionem an eine andere Person durch dieselbe die Suität, wie patria potestas weder bezüglich des adoptivus pater begründet, noch bezüglich des naturalis pater gelöst werden;[1027]) wohinwiederum andrer-

1027) Justinian. im Cod. VIII, 48, 10 (530), wozu vgl. Inst. I, 11, 2. I, 12, 8. III, 1, 14. Diese unächte Adoption ist in Wahrheit ein ganz neues Rechtsinstitut unter altem Namen. Dieselbe ist nicht mehr personenrechtliches Rechtsgeschäft, welches ein juristisches Surrogat der legitimen Zeugung schafft, als vielmehr reiner Erbvertrag, welcher dem filius adoptivus ein Intestaterbrecht: legitima heredit, als suus, wie B. P. unde liberi, weder aber ein Pflichttheils- oder Notherb-Recht, noch auch Kindschaft oder Suität gewährt, daher diese Adoption gar nicht in das Personen-, sondern in das Erbrecht gehört. In Consequenz dessen schließen weder die Adoptivkinder des libertus oder des filius emancipatus den patronus oder parens manumissor von der Succession in des Ersteren Nachlaß, noch die Adoptiv-

seits jener vollwirksamen Adoption die ganz neue Wirkung beigelegt wird, sogar die cognatischen Erbrechte gegenüber dem naturalis pater und dessen Familie zu zerstören, ein Satz, der dem älteren aequum et bonum im Allgemeinen fremd ist.[1928])

Was sodann die aequitas betrifft, so werden zunächst die von der vorigen Periode anerkannten Modalitäten der Begründung der Cognation beibehalten: Erzeugung in römisch rechtlichem, sei es iustum oder non iustum matrimonium, juristisches Surrogat solcher Erzeugung: arrogatio und ächte adoptio (A. 1927), außereheliche Geburt von der civis Romana, wie servilis cognatio. Denn was insbesondere den dritten Entstehungsgrund betrifft, so sind es ganz singuläre Ausnahmen, wenn Arcad. et Hon. im C. Th. III, 12, 3 (396) und Justinian. in Nov. 12 c. 3. § 1 (535) den in incestae nuptiae Geborenen gegenüber ihrer Mutter, und wenn Justinian. im Cod. VI, 75, 5 (529) den unehelichen Kindern neben ehelichen gegenüber der mater illustris das Erbrecht versagte. Dagegen der servilis cognatio des Freien wird außer den von der vorigen Periode anerkannten Beziehungen (A. 1838) noch in zwiefacher Hinsicht juristische Wirksamkeit beigelegt: theils von Theod. II und Valent. III in Nov. Val. XXIV, 1, 7 (447) in der Vorschrift, daß, dafern der libertus civis keine Descendenten,

---

kinder des Letzteren die consanguinei und ferneren Successionsberechtigten des emancipatus und resp. libertus von der Succession in des Letzteren Nachlaß aus: Justin. im Cod. VI, 4, 4. § 22. 25 (531), — wofür bereits die B. P. contra suos non naturales, wie die B. P. contra tab. liberti gegenüber dem Nämlichen (A. 1828) einen Vorgang bot —, während andererseits wiederum der in adoptionem datus ebenso seinem naturalis pater gegenüber hereditas legitima als suus und B. P. unde liberi sammt querela inoffic. testam.: Cod. VIII, 48, 10. pr., als auch dessen libertu gegenüber hereditas legitima behält: Cod. VI, 4, 4. § 21.

1928) vgl. A. 1796. Dagegen nun Cod. VIII, 48, 10. pr.: ad eum (sc. patrem adoptivum) tantummodo filius adoptivus spes totas extendat et non patris naturalis successionem molestare conceditur (somit auch nicht durch B. P. unde cognati); — is solus pater intelligatur, quem lex fecit et natura non dereliquit (d. h. in erbrechtlicher Beziehung gilt nur der pater adoptivus als pater). Alles dies ist unvereinbar mit der Auffassung von Arndts, Pand. § 425 A. 2. § 475 unter c. Einen Vorgang für jene Bestimmung Justinians bot übrigens bereits das Edict in der B. P. unde liberi und contra tab.: § 152.

wohl aber Ascendenten und Geschwister hinterläßt, welche selbst cives sind, dieselben neben den Descendenten des Patrones 1/2 vom Nachlasse des Ersteren erben, theils von Justinian. im Cod. VI, 57, 6 (530), VI, 4, 4. § 9. 10. 11. 13 (531), wozu vgl. Inst. III, 6, 10. III, 2, 7 in der Vorschrift, daß die durch servilis cognatio verwandte Descendenz von libertus, liberta, sei dieselbe vor, mit oder nach demselben manumittirt, der civiliter verwandten Descendenz gleichstehe ebenso rücksichtlich ihrer Succession in den Nachlaß von Vater und Mutter, wie von Geschwistern, als auch rücksichtlich der Succession von libertus, liberta selbst in deren Nachlaß.[1929])

Und jenen vier Modalitäten der Begründung der Cognation fügt nun die gegenwärtige Periode deren noch zwei neue bei: einerseits die juristischen Surrogate der Legitimität der natürlichen Erzeugung: theils Legitimation des Kindes, theils, in beschränkterer Beziehung, dessen formale Anerkennung Seitens seines Vaters,[1930]) und andrerseits die Erzeugung im Concubinate. Denn der letzteren wird von Justinian zunächst in Nov. 18 c. 5 (536) darin Relevanz beigelegt, daß die Kinder und ferneren Descendenten der Concubine, dafern die Ersteren nach ihrer Mutter Tode in ihres Vaters Hause erzogen sind, die Concubine selbst aber in des Defunctus Hause gelebt hat, endlich auch der Letztere die Erstere weder neben seiner Ehefrau, noch neben einer anderen Concubine gehabt hat, neben allen Erben ihres Vaters mit Ausnahme von dessen legitimen Descendenten und Gattin hereditas legitima auf ein mit der Mutter zu theilendes Sechstheil des väterlichen Nachlasses haben sollen, eine Vorschrift, welche Justi-

1929) Da Erbberechtigter, wie zu Beerbender beide liberti sind, so reducirten sich in Wahrheit diese drei Fälle auf zwei. Andere Beziehungen findet in obiger Vorschrift Schmidt, Pflichttheilsr. des Patronus 30. A. 62.

1930) Justin. in Nov. 117 c. 2 fordert die ad acta oder in einem instrumentum publicum vel quasi oder in einem Testamente Seitens des Vaters abgegebene Erklärung, wodurch er die mit einer Freien, der gegenüber kein Ehehinderniß obwaltete, erzeugten Kinder als seine eigenen Kinder schlechthin, nicht aber etwa als seine Concubinenkinder anerkenne. Allein der Effect solcher Anerkennung beschränkt sich darauf, nur in Bezug auf das Erbrecht die Kinder den legitimen gleichzustellen, nicht dagegen in Bezug auf Standesverhältnisse oder dergl.

nian in Nov. 89 c. 12 §. 4 (539) unter Auslassung der thatbeständlichen Beschränkungen bezüglich des Zusammenlebens mit anderen Concubinen wiederholt; und sodann wieder in Nov. 89 c. 13 (539) darin, daß unter gleichen Voraussetzungen auch dem Vater gegenüber dem Concubinenkinde hereditas legitima auf gleiches Sechstheil von dessen Nachlasse gegeben wird.

Dahingegen bleibt auch jetzt der peregrinen Cognation des römischen Bürgers die Relevanz versagt.[1931])

Anderntheils wiederum wird an den von der vorigen Periode überlieferten Ordnungen festgehalten ebenso rücksichtlich der Begründungsmodalitäten der Affinität: römisch rechtliches matrimonium, Verlöbniß, concubinatus, wie contubernium der Sclaven in seiner Rückwirkung auf Freie (§ 152), als auch rücksichtlich der Lösung dieser, wie der Cognation: durch cap. dem. media, ingleichen in ersterer Beziehung durch Lösung des die Affinität begründenden Verhältnisses und in letzterer Beziehung durch cap. dem. minima, insoweit die Cognation lediglich nach Maaßgabe des rigor begründet worden ist, wogegen ganz singulär ist, wenn Justinian durch ächte Adoption das cognatische Erbrecht untergehen läßt (A. 1928).

Sodann in Bezug auf die Verwandtschaftsgrade wurde zunächst die Wirksamkeit der Affinität darin erweitert, daß unter dem Einflusse der christlichen Anschauungen die Eheverbote auf die neue Gruppe von Schwager und Schwägerin erstreckt wurden: ebenso auf Ehe von Mann der Schwester mit Schwester der Frau, wie von Bruder des Mannes (levir) mit Frau des Bruders.[1932]) Dagegen rücksichtlich der Cognation ward im All-

---

1931) Hierauf bezieht sich die bei A. 1929 besprochene Vorschrift von Theod. II und Valent. III, daß die erbberechtigten Ascendenten und Geschwister des libertus cives selbst cives sein müssen: sind diese liberti Juniani, so bleiben sie ausgeschlossen.

1932) Constant. et Const. im C. Th. III, 12, 2 (355); Valent. Th. et Arc. im C. Just. V, 5, 5 (384 oder 385); Basil. M. epist. 197. vgl. Gothofr. zu C. Th. III, 12,2. Wegen der ersteren Ehe insbesondere: Hon. et Th. im C. Th. III, 12, 4 (415); die Politik erforderte jedoch und die Souveränität gestattete die Ehe des Kaisers Honorius mit Thermantia, der Schwester seiner ersten Frau Maria, der Tochter Stilicho's im J. 408: Zosim. V, 28. vgl. Tillemont, hist. des emper. V, 557. Wegen der letzteren Ehe ins-

gemeinen an den von der vorigen Periode gesetzten Bestimmungen der juristisch wirksamen Grade: sechster Grad und sobrino, sobrina natus, nata aus dem siebenten Grade festgehalten, im Uebrigen aber auch jetzt, gleichwie bereits früher, in einzelnen Beziehungen auf engere Kreise zurückgegangen. Und zwar gehören hierher zunächst die Eheverbote, wo einestheils Constantin. im C. Th. III, 12, 1 (342) die von dem S. C. Claudianum gesetzte Ausnahme (A. 1866) wieder aufhebt und somit die Ehe zwischen patruus und fratris filia, wie zwischen patruus magnus und fratris neptis verbot, während anderntheils von Theodosius I im Jahre 384 oder 385 die von der vorigen Periode gesetzte Ausnahme, daß im vierten Grade die Ehe zwischen consobrini gestattet sei (A. 1863), beseitigt,[1933]) von Arc. et Hon. im C. Just. V, 4, 19 (400), wozu vgl. Hon. et Th. im C. Th. III, 10, 1 (409), J. Just. I, 10, 4. dagegen das frühere Recht wieder hergestellt wird. Dann wieder Justinian im Cod. VI, 4, 4. § 14. 15 (531), wozu vgl. Inst. III, 7, 3 beschränkt das Successionsrecht ab intestato, wie contra tab. der Erben des Patrones in den Nachlaß des libertus auf den fünften Grad der Descendenten und Collateralen. Sodann von Theod. II im C. Th. IV, 4, 7. § 2 (424) wird den agnatischen Ascendenten und Descendenten bis zum vierten Grade und den cognatischen bis zum dritten Grade ausnahmeweise nachgelassen, nach erfolgloser Anstellung der her. pet. oder B. P. sec. tab. noch die a. fideicommissi auf Grund der Codicillarclausel des nämlichen Testamentes zu erheben. Endlich gleichwie bereits Const. et Jul. im C. Th. IX, 42, 2 (356) gegenüber den mit der

---

besondere: Arc. et Hon. im C. Th. III, 12, 3 (396); Zeno im C. Just. V, 5, 8. 9. Beide Ehen sind den früheren Zeiten unanstößig, so die erstere bei Liv. I, 46, 5. Dion. IV, 79; die letztere bei Plut. Crass. 1. Apul. Apol. 117.

1933) Wegen der ersteren Ehe vgl. noch Arc. et. Hon. im C. Th. III, 12, 3 (396); Ambros. ep. 60. Firm. Mat. mathes. III, 7. IV, 1. Gothofr. zu C. Th. III, 12, 1. Dieselbe ward gestattet von Basiliscus: Zeno im C. Just. V, 5, 9 und dann wieder verboten von Zeno im C. Just. cit. und V, 8, 2, wobei es verblieb: Justinian. im Cod. V, 4, 17. Jnst I, 10, 3. — Wegen der letzteren Ehe vgl. Arc. et Hon. im C. Th. III, 12, 3 (396); Hon. et Th. das. III, 10, 1 (409); August. C; D, XV. 16. Ambros. ep. 60 no. 8. Liban. Or. 49. II, 568 Reisk. Hist. Misc. XIII. p. 277 (Aug. Taur. 1853); Gothofr. zu C. Th. III, 10, 1. Florens im Theoph. ed. Reitz II, 1184 fg.

Confiscation bedrohten Capitalverbrechern, mit Ausnahme der Hochverräther und Magier, den Verwandten bis zum dritten Grade ein Successionsrecht vor dem Fiscus einräumen, so überweist auch Justinian in Nov. 134 c. 13 (556) deren Vermögen, die Hochverräther ausgenommen, an die Descendenten, eventuell an die Ascendenten bis zum dritten Grade.[1934]) Bezüglich dessen aber, der eine incestuose Ehe eingeht, wird von Arc. et Hon. im C. Th. III, 12, 3 (396) das Successionsrecht auf die legitime Descendenz bis zum dritten Grade, auf die Ascendenten bis zum zweiten Grade, wie auf Geschwister und patruus, amita beschränkt, von Justinian in Nov. 12 c. 3 (535) dagegen, abgesehen von transitorischen Bestimmungen, auf die legitime Descendenz allein reducirt (vgl. A. 1934). Dann wieder der das Trauerjahr verletzenden Wittwe werden von Grat. Val. et Th. im C. Just. V, 9, 1 (380) ebensowohl die civilen und honorarischen Intestaterb-

---

1934) Jene erstere Verordnung hoben jedoch Const. et Jul. im C. Th. IV, 42, 4 wieder auf, worauf Valent. das. c. 6 (364) den Kindern der Capitalverbrecher, die Hochverräther ausgenommen, wieder ein Vorzugsrecht vor dem Fiscus einräumen. Dann verordnen Grat. Val. et Th. das. c. 8 (380), daß der Deportatus 1/6 seines Vermögens behalte, in die übrigen 5/6 aber neben dem Fiscus die Descendenten zu 1/3, Ascedenten zu 1/6 succediren, bei Hochverrath aber die Descendenten 1/6 und der Fiscus alles Uebrige erhalte. Hierauf folgt die Const. von Grat. Val. et Th. das. c. 9 (380) mit ihrer so merkwürdigen, nach A. 1940 besonders darzustellenden Erbordnung, sowie die Constit. von Arc. et Hon. das. IX, 14, 3 (397), welche bei Hochverrath den Kindern alles Erbrecht entzieht und worüber vgl. Rein, Crim. Rt. 539 fg. Endlich Hon. et Th. IX, 42, 23 (421) greifen auf das ältere Prinzip zurück: nur Kinder und Eltern succediren, schließen aber auch den Fiscus wieder aus, ausgenommen bei Hochverrath, was dann von Th. et Val. das. c. 24. pr. (426) dahin modificirt wird, daß im Falle des Raubes nur die Kinder und auch diese nur 1/2 neben dem Fiscus erhalten. Ebenso läßt Justinian in Nov. 12 c. 3 (535) bei incestuoser Ehe neben den Descendenten den Fiscus auf 1/4 succediren. Wegen des älteren Rechtes s. A. 1898. — Endlich werden den Capitalverbrechern vielfach gleichgestellt die Häretiker und Apostaten; insbesondere die Manichäer und Priscillianisten sammt Phrygen werden nach Arc. Hon. et Th. im C. Th. XVI, 5, 40. § 2 (407) alleinig beerbt von Descendenten, Ascendendenten und Geschwistern, die Donatisten aber nach dens. im C. Th. XVI, 6, 4. pr. (405) ausschließlich von filii, filiae; endlich nach dens. im C. Th. XVI, 7, 6 (396) werden die Apostaten allein beerbt von filius, filia, nepos, neptis, pater, mater, frater, soror; im Uebrigen vgl. Thl. II A. 1029.

rechte abgesprochen, ausgenommen gegenüber den Verwandten bis zum dritten Grade, als auch die vom ersten Manne ererbten Güter zu Gunsten der X personae des Edictes, somit der Verwandten des ersten Grades und aus dem zweiten nepos, neptis, avus, avia, frater, soror. Andrerseits aber wird wiederum von Justinian die in Nov. 118 c. 3 § 1 (543) angeordnete Erbfolge der cognatischen Collateralen dem Gesetze der B. P. unde cognati: der Beschränkung auf den sechsten Grad sammt sobrino, sobrina natus, nata (A. 1849) entzogen und dem Gesetze der Agnatenerbfolge der B. P. unde legitimi (A. 1840) unterstellt d. h. ohne jedwede Gradesbeschränkung ertheilt.

Was endlich die von dieser Periode neu geschaffenen Rechtsordnungen betrifft, so verfolgen dieselben, wie obbemerkt mit Ausnahme bezüglich der patria potestas, insgesammt die gleiche Richtung: das Princip der aequitas zur Geltung zu bringen. Und nach dieser Richtung werden nun ebenso die übrigen, bisher auf den rigor gestützten Institute umgewandelt: das civile Intestaterbrecht sammt B. P. unde legitimi, die legitima tutela, wie cura furiosi und prodigi, wie nicht minder die der aequitas bereits angehörigen Rechtsinstitute ausgebildet oder auch zu ganz neuen Rechtsordnungen weiter entwickelt. Denn so, was zunächst diesen letzteren Punkt betrifft, wird nach dem Vorbilde der querela inofficiosae donationis (A. 1898a) von Constant. im C. Th. II, 21, 1 (358), wozu vgl. dens. das. c. 2 (360) die querela inofficiosae dotis geschaffen, von dem nämlichen systematischen Gesichtspunkte, wie diese bestimmt: zum Schutze der Kinder wider Verkürzung des Pflichttheiles durch Vermögensverfügung unter Lebenden eingeführt und als qualificirte rei vindicatio wider den Inhaber der betreffenden Dos sich richtend. Dann wieder die alte divisio patrisfamilias inter suos (S. 184) wird einerseits von Theod. in Nov. Th. XVI, 1, 5 (439) von der patria potestas abgelöst und zu einer divisio parentis inter liberos verallgemeinert, wie andrerseits durch Justinian in Nov. 107 c. 1 (541) zu dem sogen. testamentum parentis inter liberos umgestaltet (A. 688). Nicht minder wird von Theod. II und Val. III im C. Just. VI, 52, 1 (450) die sogen. transmissio Theodosiana eingeführt, wonach das von Ascendenten an Descendenten letztwillig hinterlassene Erbtheil oder Vermächtniß auf die Descendenten der Letzteren

transmittirt wird. Im Allgemeinen aber gelangt jetzt die bereits in der vorigen Periode zu Tage tretende (A. 524. 688) principielle Tendenz, bei Rechtsgeschäften im Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern deren normale Formalitäten in Wegfall zu bringen, zu breiterer Ausprägung (A. 686—688. 691. vgl. 695), wenn auch nicht zu allgemeiner Durchführung.

Sodann wieder in der Sphäre der Affinität wird zunächst von Theod. et Val. wohl im Jahre 426 den Ehegatten ein prärogatives Erbrecht vor gewissen entfernteren Verwandten eingeräumt, welches jedoch denselben bereits im Jahre 428 von den Nämlichen im C. Th. V, 1, 9, wozu vgl. Gothofr. in h. l. wieder entzogen wird; und sodann wird von Justinian zunächst in Nov. 18 c. 5 (536) der Concubine unter den oben angegebenen Voraussetzungen neben ihren Kindern hereditas legitima auf einen Kopftheil des ihren Kindern zukommenden Sechstheiles des Nachlasses verliehen, und diese Vorschrift in Nov. 89 c. 12 (539) in der Hauptsache wiederholt. Endlich wird von demselben in Nov. 53 c. 6 (537) dem armen Ehegatten am Nachlasse des reichen Gatten in Concurrenz mit allen Erben hereditas legitima auf $^1/_4$, obwohl nur bis zu einem Maximum von 100 Pfund Goldes, wie unter Abrechnung hinterlassener Legate beigelegt, worauf dann schließlich in Nov. 117 c. 5 (541) solches Erbrecht wiederum entzogen wird ebenso dem armen Wittwer gegenüber der reichen Defuncta, wie auch der armen Wittwe, dafern solche mit Kindern concurrirt, indem solchenfalls dieselbe nur den Nießbrauch an jener obigen Portion empfängt.[1934a])

Dagegen von den von Alters her auf den rigor fundirten Rechtsinstituten ist es zunächst vor Allem die hereditas legitima und B. P. unde legitimi, wie resp. unde liberi, welche Schritt um Schritt von der gegenwärtigen Periode vollständig auf die aequitas übergeleitet werden, und dies zwar in der doppelten Richtung ebenso einer Bevorzugung der Verwandten vor den Nichtverwandten, wie einer Gleichstellung der Cognaten mit den Agnaten.

1934a) Dagegen gehört nicht hierher, daß Honor. et Th. im C. Th. VIII, 17, 2 den Ehegatten unbeschränkte solidi capacitas gewähren: denn dies ist nicht Privileg auf Grund der sanguinis ratio, als vielmehr Aufhebung eines seit Const. im C. Th. VIII, 16, 1 sich ergebenden privilegium odiosum.

Und zwar jene Bevorzugung der Verwandten vor den Nichtverwandten manifestirt sich zunächst in Beseitigung der Concurrenz des manumissor, wie patronus mit den zur B. P. unde liberi (A. 1904) und in der ersten Classe der B. P. unde legitimi (§ 153 unter I und II) Berufenen, sonach mit den liberi, sui, suae, filii, filiae, welche zuerst bezüglich der emancipati, emancipatae durchgeführt wird von Grat. Valent. II und Theod. I im C. Th. V, 1, 3 (383), indem diese die bezüglich der a naturali patre emancipati, wie emancipatae mit ius liberorum gültige Rechtsordnung verallgemeinern und gleichmäßig in den Nachlaß aller derselben deren leiblichen Kindern prärogatives Erbrecht vor dem Manumissor geben, eine Ordnung, welche von Justiniam im Cod. VIII, 49, 6 (531) und VI, 4, 4. § 25 (531), wozu vgl. Jnst. I, 12, 6. III, 2, 8. III, 9, 4 bestätigt wird. Und indem anderentheils die patronatische Stellung des manumissor der Anschauung dieser Zeiten mehr und mehr entschwindet und von dessen väterlichem Verhältnisse allmählig verdrängt wird, eine Thatsache, die z. B. Th. et Val. im C. Th. VIII, 18, 9 (426) deutlichst bekunden, so wird nun endlich von Justinian in Nov. 118 c. 2. 4 (534) das patronatische Erbrecht des manumissor gänzlich beseitigt und in ein rein cognatisches umgewandelt. Sodann aber wird jene erstere Ordnung auch auf die liberti, libertae cives von Theod. II und Val. III in Nov. Val. XXIV, 1, 6 (447) übertragen: dieselben verallgemeinern unter Aufhebung der entgegenstehenden Vorschriften der lex Papia Poppaea diejenige Rechtsordnung, welche nach der letzteren bezüglich der liberti mit mindestens drei Kindern oder weniger als 100,000 Sestertien im Vermögen galt: den liberi, sui, suae, filii, filiae cives Romani ein prärogatives Erbrecht vor patronus, patrona einräumend.[1935])

1935) Daß das Gesetz das Successionsrecht nicht bloß der liberi manumissoris, sondern auch des manumissor selbst betrifft, ergiebt § 2: de successionibus etiam (sc. libertorum) — compendium lucidae definitionis adhibemus. Itaque libertus — sive unicum pignus, sive plures cuiuslibet sexus habeat filios, — soboli suae omnes proprias, si maluerit, facultates supremo securus dimittat arbitrio d. h. die Unterscheidung der lex Papia bezüglich der Succession in den Nachlaß von liberti mit 3 oder aber mit weniger als 3 Kindern wird ganz im Allgemeinen aufgehoben; da nun diese Verschiedenheit maaßgebend ist für die Succession des Patrons, so betrifft

Sodann manifestirt sich aber auch die gleiche Tendenz in der Bevorzugung sowohl der Geschwister und Ascendenten des libertus gegenüber den Agnaten des patronus, als auch der Geschwister des emancipatus vor dem manumissor und dessen Frau. Denn in der ersteren Beziehung schreiben Theod. II und Valent. III in Nov. Val. XXIV, 1, 7 (447) vor, daß, dafern der kinderlose libertus, liberta Geschwister und Ascendenten hinterläßt, welche cives sind, diese neben den Descendenten des Patrones, nicht aber neben diesem selbst, 1/2 des Nachlasses erhalten, somit also in der dritten Classe der B. P. unde legitimi erben und die ferneren Agnaten des Patrones ausschließen (A. 1935), eine Ordnung, die allerdings in rückläufiger Tendenz von Justinian im Cod. VI, 4, 4. § 9. 14 (531) wieder beseitigt ward, indem dieser die leibliche Descendenz des Patrones den Geschwistern und so auch den Ascendenten des Libertus wieder voranstellt. Dagegen in der letzteren Beziehung wird zunächst von Anastasius in der älteren Constitution über die Emancipation von spätestens 498 (A. 1936), wozu vgl. Justinian im Cod. VI, 56, 7. pr. die Ordnung des S. C. Tertullian. über die Succession der Geschwister (§ 153) in die bona ingenui auf die bona per rescriptum principis emancipati, emancipatae übertragen: entweder erben (nach Ableben der Mutter) die cognatischen consanguinei, consanguineae in der zweiten Classe der B. P. unde legitimi oder aber beim Leben der

---

das Gesetz auch dessen, nicht bloß seiner Kinder Succession. Dann nun wird in § 3 den Söhnen 2c. des manumissor neben anderen Erben, als Descendenten des libertus, ein Pflichttheilsrecht auf 1/3 zuerkannt, in § 4 den Töchtern 2c. des manumissor solches abgesprochen, und in § 7 den Descendenten (heredes) des manumissor neben pater, mater, frater, soror von libertus, liberta ein Intestaterbrecht auf 1/2 beigelegt. Und hierzu nun fügt § 8 als nähere Bestimmung bei: ipsis vero manumissoribus nihil penitus derogamus etc. d. h. dem manumissor selbst bleibt gegenüber pater, mater, frater, soror liberti, libertae ebenso sein prärogatives Intestaterbrecht gewahrt, wie seine B. P. contra tab. des Edictes auf 1/2. Endlich pr. und § 1 des Gesetzes handeln gar nicht von der Succession. Somit aber setzt jene Novelle vier Erbclassen gegenüber libertus, liberta cives Romani: 1. liberi cives Romani: § 6; 2. patronus, patrona: § 8; 3. pater, mater, frater, soror liberti, libertae und liberi patroni, patronae auf je 1/2: § 7; 4. cognati liberti, libertae. Anders Schmidt, Pflichttheilsr. d. Patronus 27 A. 58 und die daselbst Citirten.

Mutter die consanguinei in der zweiten Classe, eventuell die consanguineae und die Mutter in der dritten Classe, wogegen endlich über die Reihenfolge des manumissor das Gesetz schweigt. Sodann Justinian im Cod. VI, 56, 7. § 1 (528) schließt jenen consanguinei, consanguineae gegenüber ebenso die Mutter, wie den pater manumissor von dem Erbrechte aus, den Letzteren lediglich den Usufruct an je $^1/_3$ des Nachlasses zuweisend, was von demselben im Cod. VI, 58, 13 (532) lediglich insofern geändert ward, als dem pater manumissor der Usufruct am gesammten Nachlasse mit Ausnahme der bona materna zugesprochen ward. Endlich Nov. 118 c. 2. 4 (534) beseitigt, wie obbemerkt, das patronatische Erbrecht des pater manumissor: es wandelt sich dasselbe in ein cognatisches Erbrecht um.

Sodann die zweite jener beiden Tendenzen: Gleichstellung der Cognaten mit den Agnaten manifestirt sich, abgesehen von den in unächte Adoption Gegebenen, welche ebensowenig Agnation, wie Cognation verlieren (A. 1927), sowohl bezüglich der emancipati, als der durch Weiber allein Verwandten.

Und zwar was zunächst die emancipati betrifft, wo bereits die B. P. unde liberi und die hereditas legitima der lex Papia Poppaea und des S. C. Tertullian., wie Orphit. (A. 1839 a) einen Vorgang boten, so werden von Grat. Valent. et Th. im C. Th. IX, 42, 8. pr. (380) die emancipirten den nicht emancipirten Kindern hinsichtlich der Succession in das Vermögen des deportirten Vaters gleichgestellt, während wiederum rücksichtlich der Succession der Enkel in den Nachlaß der Großmutter mütterlicher, wie väterlicher Seits die cap. dem. der Mutter (wie des Vaters) für einflußlos erklärt wird von Hon. et Th. im C. Th. V, 1, 6 (420). Dagegen bezüglich der Collateralen wird noch von Grat. Val. et Th. das. IX, 42, 9. § 3 (380) der emancipirte consanguineus rücksichtlich der Succession in das Vermögen des mit Todesstrafe Belegten zu den uterini d. h. in eine spätere Classe als die agnatischen Geschwister gestellt. Andrerseits aber wird die Emancipation rücksichtlich der hereditas legitima als unschädlich erklärt von Constant. im C. Th. V, 1, 1 (321) für den patruus, frater patruelis und patrui nepos insoweit, als solche mit der Mutter des Defunctus concurriren, von Theod. II und Valent. III aber im C. Th. V, 1, 7 (426) bezüglich des frater consanguineus

insofern, als dieser dem patruus, frater patruelis und patrui nepos gleichgestellt wird: er erbt zwar nicht neben consanguineus, consanguinea, wohl aber neben der Mutter allein des Defunctus und eventuell auch neben jenem Ersteren in der dritten Classe der B. P. unde legitimi $^1/_3$ des Nachlasses. Diese Rechtsordnung ward indeß durchgreifend reformirt von Anastasius in einer Constitution von spätestens 498,[1936]) wodurch die emancipirten consanguinei: frater und soror den nicht emancipirten consanguinei gleichgestellt und somit in der zweiten resp. dritten Classe der B. P. unde legitimi (§ 153) berufen werden, obwohl unter der Beschränkung, daß dieselben nach Analogie des Edictes de coniungendis cum emancipato liberis suis ebenso zur Collation verpflichtet sind, als auch lediglich die Hälfte von der Erbportion der Nichtemancipirten erhalten; und dann wieder gestattet Anastasius in einer Constitution von 502, deren Bruchstücke im C. Just. VIII, 49, 5. VI, 58, 11. VI, 20, 18 erhalten sind, überdem sogar, bei der emancipatio per rescr. principis dem Emancipirten alle Rechte und so nun auch die Suität zu reserviren, welchenfalls jedoch derselbe ebenso den sui, wie den consanguinei gegenüber zur Collation verpflichtet bleibt. Endlich Justinian im Cod. VI, 58, 15. § 1. 3 (534) verordnet, zunächst daß bei Succession von emancipirten Geschwistern in den Nachlaß von nicht Emancipirten die von Anastasius vorgeschriebene Kürzung in Wegfall komme (§ 1); sodann daß auch die Kinder der emancipirten Geschwister den Kindern der nicht emancipirten Geschwister gleichstehen in Bezug auf Beerbung von patruus, amita, avunculus, matertera, somit als dritter Grad der agnati secundiren (§ 3); sowie daß endlich die nämliche Gleichstellung auch Platz greift bezüglich der emancipirten Kinder der emancipirten Geschwister (§ 3).

Was dagegen die durch Weiber allein begründete cognatische Verwandtschaft betrifft, so sind es fünf verschiedene Kreise, bezüglich deren die Tendenz einer Gleichstellung der Cognaten mit den Agnaten sich geltend macht.

1936) Ueber diese verlorene Constitution referiren Anastas. im C. Just. V, 30, 4 (498), VI, 20, 18 (502), Justinian. im Cod. VI, 58, 13. 15. § 1. Inst. III, 5, 1. Theoph. in h. l.

Denn zuvörderst beschieht solches bezüglich der cognatischen Descendenten, wo bereits das S. C. Orphit., indem es die filii, filiae parallel den sui, suae berief, einen Vorgang bot. Und zwar während noch Grat. Valent. et Th. im C. Th. IX, 42, 9. pr. (XV kal. Jul. 380) die Enkel von der Tochter her erst nach den sui und den Unde liberi Berechtigten zur Succession in den Nachlaß des mit Todesstrafe Belegten berufen, so stellen dieselben durch das nämliche Gesetz: c. 8. pr. rücksichtlich der Succession in das Vermögen des Deportirten die cognatische Descendenz der Töchter der agnatischen Descendenz der Söhne gleich, während wiederum Valent. II, Theod. und Arc. im C. Th. V, 1, 4 (389), wozu vgl. Arc. et Hon. das. c. 5 (396), Justinian. im Cod. VI, 20, 19. Inst. III, 1, 15. 16. III, 4, 1 den cognatischen Enkeln nach dem Tode von deren Eltern ein Erbrecht gegenüber den mütterlichen Großeltern und der väterlichen Großmutter sammt den ferneren Ascendenten in der Maaße geben, daß jene Ersteren dann, wenn sie mit den sui oder den Unde liberi Berufenen concurriren, $^2/_3$ des ihren Eltern zu deferiren gewesenen Kopftheiles erhalten und wegen dieser Quote Notherb-, wie Pflichttheilsrecht haben, während das übrige $^1/_3$ den Ersteren zufällt, wogegen dann, wenn dieselben mit consanguinei, consanguineae, agnati concurriren, $^3/_4$ des Nachlasses neben den Letzteren empfangen. Jene erstere Verkürzung des Erbtheiles ward indeß von Justinian in Nov. 18 c. 4 (537) aufgehoben,[1937]) während diese Concurrenz der consanguinei, consanguineae und agnati von demselben im Cod. VI, 55, 12 (528), wozu vgl. Inst. III, 1, 16 beseitigt wird: derselbe läßt die cognatischen Enkel sammt ferneren Descendenten alle Collateralen des zweiten und fernerer Grade ausschließen. Sodann spricht Justinian die Gleichstellung jener cognatischen mit der agnatischen Descendenz aus zunächst im Cod. VI, 4, 4. § 10. 13 (531) ebenso rücksichtlich der Succession in bona parentis liberti, als rücksichtlich der patronatischen Succession in bona liberti, wie nicht minder sodann in Nov. 115 c. 3. pr. (542) hinsichtlich des Notherbrechtes, die bisherigen Unterschiede bezüglich der Exheredationsform auf-

---

1937) Nov. 18 extendirt somit die B. P. Unde liberi zuerst auf die cognatische Descendenz der Töchter; vgl. Justinian im Cod. VI, 55, 12 (528).

hebend.[1938]) Endlich beseitigt Justinian in Nov. 118 c. 1. § 1 (543) die B. P. unde liberi vollständig und beruft in erster Erbclasse die cognatischen, wie agnatischen Descendenten als legitimi heredes.

Sodann tritt gleiche Tendenz hervor rücksichtlich der cognatischen Geschwister und deren Kinder: während noch Grat. Valent. et Th. im C. Th. IX, 42, 9. § 3 (380) die consanguinei in einer früheren Classe als die uterini zur Succession in den Nachlaß des mit Todesstrafe Belegten berufen, so stellt Justinian die Kinder von frater uterinus, wie von soror uterina und consanguinea den Kindern des frater consanguineus gleich und zwar zuerst im Cod. VI, 58, 14. § 1 (531), wozu vgl. das. c. 15. pr. Inst. III, 2, 4 in dem dritten Grade: bezüglich der Beerbung von patruus und avunculus, was auch Nov. 118 c. 3 (543) bestätigt, und nicht minder im Cod. VI, 58, 15. § 3 (534) in dem vierten Grade: rücksichtlich der Beerbung von consobrinus, consobrina. Sodann bezüglich der Beerbung von Geschwistern, somit im zweiten Grade, werden zuerst ebenfalls im Cod. VI, 58, 15. § 3 (534) frater, soror uterini mit consanguinei, consanguineae gleichgestellt, bis dann in Nov. 118 c. 2. 3 (543) solche Gleichstellung gegenüber den germani wieder aufgegeben und nur gegenüber den halbbürtigen consanguinei noch aufrecht erhalten wird. Dagegen nimmt einen abweichenden Standpunkt ein Justinian im Cod. III, 28, 27 (534), insofern derselbe nur den consanguinei, nicht aber den uterini die querela inoff. testam. beläßt.

Dann drittens ist es die Gleichstellung der Mutter mit den Geschwistern und somit deren Bevorzugung vor den ferneren Agnaten, welche jener Richtung anheimfällt, und welche bereits in dem S. C. Tertull. indicirt war. Und zwar eröffnet diese Periode mit einem Gesetze, welches gleichzeitig in ganz entgegengesetzter Richtung eine Neuordnung statuirt: Constant. im C. Th. V, 1, 1 (321), wozu vgl. Valent. et Val. das. c. 2 (369), Th. et Val. das. c. 7 pr. § 1 (426) ändert auf der einen Seite zum Nachtheile der Mutter die Succession des S. C. Tertull. ab: dafern neben der Mutter mit ius liberorum keine mit derselben in der dritten Classe der B. P. unde legitimi erbenden consanguineae

---

1938) Vgl. Justinian im Cod. VI, 28, 4. § 1 (531).

(§ 152) vorhanden sind, so treten nicht nur der patruus, sondern ganz anomaler Weise sogar der frater patruelis und patrui nepos neben der Mutter in jene dritte Classe ein und erben 1/3 des Nachlasses, wogegen in Ermangelung der Mutter dieselben regelmäßig: in der vierten Classe der B. P. unde legitimi als agnati erben;[1939]) und auf der anderen Seite verleihen dieselben auch der Mutter ohne ius liberorum ein Erbrecht in der Maaße, daß dieselbe neben den Genannten 1/3 des Nachlasses empfängt, die ferneren agnati dagegen gänzlich ausschließt. Noch bestimmter kommt sodann jene neue Tendenz zur Geltung durch Justinian, der im Cod. VI, 56, 7 (528) theils jene constantinische Rechtsordnung wieder aufhebt und patruus, frater patruelis, patrui nepos unbedingt in die Classe der agnati zurücksetzt: pr., theils unter Abänderung des S. C. Tertull. der Mutter auch in der zweiten Classe der B. P. unde legitimi: neben dem consanguineus Erbrecht auf Kopftheil giebt, somit also in Wahrheit jene zweite tertullianische, für den Fall des Ueberlebens der Mutter geschaffene Erbclasse völlig beseitigt, überdem solches Erbrecht auch auf das peculium adventicium des Kindes ausdehnend: pr. § 1, wozu vgl. Nov. 22 c. 47. § 2 (536).

Endlich in zwei weiteren Gruppen erfolgt die Gleichstellung der Cognaten mit den Agnaten durch Justinian in Nov. 118 (543): derselbe stellt in c. 3. § 1 c. 4, wozu vgl. Nov. 158 prooem. (545)

1939) Somit schließen ersteren Falles der patruus (3. Grad), der frater patruelis (4. Grad) und der patrui nepos (5. Grad) neben der Mutter die übrigen Agnaten des dritten Grades: den fratris filius, oder des vierten Grades: propatruus und fratris nepos, wie des fünften Grades aus. Ueberdem ist diese Constitution noch äußerst bemerkenswerth durch ihr resp. Zurückgreifen oder Festhalten an den Grundsätzen des rigor: theils indem sie den patruus und seine Descendenz neben der Mutter beruft, bestimmt hierin durch die altröm. Auffassung, daß der Letztere parentum loco sei: A. 1878, ja sogar solche Berufung, wie früher bemerkt, sogar nach Emancipation jener Ersteren aufrecht erhält; theils indem sie die Agnaten gegenüber den cognatischen Collateralen bevorzugt: weder ist die cognatische Descendenz des patruus dessen agnatischer Descendenz, noch sind avunculus und matertera dem patruus gleichgestellt; theils indem sie das männliche Geschlecht vor dem weiblichen bevorzugt: weder steht des patruus weibliche agnatische Descendenz der männlichen, noch die amita dem Ersteren gleich. Auf die obige Constitution bezieht sich Valent. im C. Th. V, 1, 2 (365).

die ferneren cognatischen Collateralen außer Geschwistern und deren Kindern den Agnaten des entsprechenden Grades gleich, sowie in c. 2, unter Neuordnung der ascendentischen Succession, worauf unter 5 zurückzukommen ist, die cognatischen den agnatischen Ascendenten.

Im Uebrigen aber sind es noch fünf mit der sanguinis ratio verwandte Tendenzen, welche in den erbrechtlichen Satzungen der gegenwärtigen Periode hervortreten, nämlich

1. die Beseitigung der Erbprivilegien des ius liberorum, und zwar theils durch Aufhebung der von der lex Papia eingeführten Verschiedenheit in Beerbung des libertus mit drei oder aber mit weniger als drei Kindern durch Theod. II und Val. III in Nov. Val. XXIV, 1, 2 (447 f. A. 1935), theils durch Gleichstellung der Mutter ohne solches ius mit der Mutter mit solchem, welche in der gegenwärtigen Periode schrittweise herbeigeführt wird. Denn während die Mutter ohne ius liber. gegenüber der Mutter mit solchem ius noch auf die Hälfte der Erbquote herabgesetzt wird theils von Constant. in C. Th. V, 1, 1 (321 f. bei A. 1939) bei deren Concurrenz mit dem patruus und dessen Sohne, wie Enkel, theils von Grat. Val. et Th. im C. Th. IX, 42, 8. § 1 c. 9. § 1 (380) bei Succession in das Vermögen des Deportirten, wie des mit Todesstrafe Belegten, so wird zunächst von Grat. Valent. II und Theod. I im C. Th. V, 1, 3 (383) die Rechtsordnung für Beerbung der emancipata mit ius liberorum auf die ohne liberorum übertragen; sodann wird von Theod. II und Valent. III im C. Th. V, 1, 7 (426) die Letztere im Falle der Concurrenz mit patruus, frater patruelis und patrui nepos der Ersteren gleichgestellt: dieselbe erbt nunmehr neben jenen ebenfalls $^{2}/_{3}$, während sie die ferneren agnati ausschließt; und endlich von Justinian. im Cod. VIII, 59, 2 (528), wozu vgl. Inst. III, 3, 4 wird die Mutter ohne ius liberorum auch gegenüber den consanguinei, consanguineae der Mutter mit ius liberorum gleichgestellt, somit derjenigen Rechte theilhaft gemacht, welche durch diese nämliche Constitution in deren im Cod. VI, 56, 7 (528) überlieferten Fragmente der Mutter in jener Beziehung, wie im Obigen bemerkt, verliehen sind. Und damit nun ist der letzte noch vorhandene, an das ius liberorum geknüpfte erbrechtliche Unterschied beseitigt: die der Mutter bisher gewährte Prämie der Fruchtbarkeit fällt hinweg

und alles Erbrecht derselben knüpft sich fortan an die Mutterschaft als solche und schlechthin.

2. Die Beseitigung der überlieferten Ungleichheit in der Erbberechtigung der beiden Geschlechter, welche zwar bereits durch die B. P. unde liberi, wie durch die B. P. unde legitimi, der sui, suae und filii, filiae indicirt war, gleichwohl aber zunächst noch vermehrt ward von Constant. im C. Th. V, 1, 1 (321), der dem patruus, nicht aber der amita, dem patruelis frater, nicht aber solcher soror und dem patrui nepos, nicht aber der neptis ein prärogatives Erbrecht verleiht (A. 1939), sowie von Anastasius in seiner älteren Constitution über die Emancipation von spätestens 498 (A. 1936), der die tertullianische Rechtsordnung mit ihrer Zurücksetzung der consanguinea gegenüber dem consanguineus auf die Erbfolge der emancipirten neben den nicht emancipirten Geschwistern überträgt, wie endlich von Theod. II und Val. III in Nov. Val. XXIV, 1, 3. 4 (447), welche den Töchtern des Manumissor das dessen Söhnen beigelegte Pflichttheilsrecht versagen (A. 1935). Dagegen wird jene jüngere Tendenz verwirklicht von Justinian, indem derselbe zunächst in Bezug auf das Notherbrecht im Cod. VI, 28, 4 (531) die weiblichen liberi und suae mit den männlichen (vgl. A. 1938), und sodann in Bezug auf das Intestaterbrecht zuerst im Cod. VI, 58, 14. pr. (531), wozu vgl. Cod. cit. 15. pr. Inst. III, 2, 3, sowie in Nov. 118 c. 4, die agnatae mit den agnati, und wiederum in Nov. 22 c. 47. § 2 (536), sowie in Nov. 114 c. 2. 3 (543) die sorores mit den fratres gleichstellt.

3. Die Bevorzugung der Geschwisterkinder vor den im gleichen Grade verwandten Geschwistern der Eltern, eine Tendenz, zu welcher in diametralem Gegensatze steht Constant. im C. Th. V, 1, 1 (321 s. A. 1939), der dagegen angehört Justinian im Cod. VI, 58, 14. § 1 (531), wozu vgl. das. c. 15. pr. Inst. III, 2, 4, wodurch den Geschwisterkindern ein prärogatives Erbrecht vor den anderen Collateralen des dritten Grades: vor patruus und amita verliehen wird, was endlich in Nov. 114 c. 2. 3 (543) allgemein sanctionirt wird.

4. Die Bevorzugung der vollbürtigen vor den halbbürtigen Geschwistern, eine Tendenz, die in zwei Punkten hervortritt: theils indem Constant. im C. Th. II, 19, 1 (319), c. 3 (332) den halbbürtigen Geschwistern: den consanguinei, wie uterini die querela

inoffic. testam. entzieht, solche lediglich den germani noch belassend, allein auch diesfalls auf den Thatbestand beschränkend, daß eine anrüchige Person als Erbe eingesetzt ist, was indeß von Justinian. im Cod. III, 28, 27 (534), wozu vgl. Inst. II, 81, 1 durch Restituirung jener Klage an die halbbürtigen consanguinei wieder abgeändert wird; theils indem Justinian. in Nov. 84 c. 1. § 1 (539) den germani ein prärogatives Erbrecht vor den Halbbürtigen: den consanguinei sammt adoptivi, wie uterini giebt, so daß die letzteren hinter den ersteren um eine Classe zurücktreten, eine Ordnung, welche in Nov. 118 c. 2. 3 (543) bestätigt wird.

5. Endlich die Bevorzugung der Ascendenten vor den halbbürtigen Geschwistern. Während nämlich bezüglich der erbrechtlichen Succession in die bona materna und materni generis von Vorn herein die gemeine Successionsordnung galt, somit der Vater lediglich als proximus agnatus erbte und nur durch den von Constantin. im C. Th. VIII, 18, 1. 2 (319) ihm überwiesenen Usufruct begünstigt war, so änderten dessen Söhne im Jahre 337 oder 338 solche Erbordnung zu Gunsten des Vaters dahin ab, daß derselbe zwar von den Kindern des Defunctus ausgeschlossen wurde, selbst aber die consanguinei, consanguineae ausschloß,[1940]) was dieselben dann im Jahre 339 (A. 1940), wozu vgl. Const. das. c. 5 (349) wiederum bezüglich des vor dem sechsten Jahre verstorbenen Kindes dahin abänderten, daß jene Güter an die Successionsberechtigten der mütterlichen Linie, wie die bona paterna an die väterliche Linie fallen sollen. Abgesehen von dieser Ausnahme, umfaßt somit die Erbordnung bis zur B. P. unde legitimi die sechs Classen: 1. liberi, sui, suae, filii, filiae; 2. paterfamilias; 3. consanguinei, consanguineae; 4. consanguineae und mater mit ius liberorum;[1940a]) 5. mater und patruus, frater patruelis, patrui nepos; 6. proximi agnati. Diese Successionsordnung wird nun von Justinian im Cod. VI, 56 7. § 1 (528) dahin abgeändert: 1. Kinder des Defunctus; 2. consanguineus, consanguinea und mater schlechthin, resp., wie

---

1940) Constantius im C. Th. VIII, 18, 4 (339): priorem nostram iussionem, quae sine temporis distinctione filiorum successiones ad patres iusserat pertinere; Th. et Val. das. c. 10 (426).

1940a) Vgl. Th. et Val. im C. Th. V, 1, 8 (426).

obbemerkt, auf $^1/_2$ oder auf Kopftheil; 3. pater, mater; 4. proximi agnati, und solche neue Ordnung dann auch auf die nunmehr anerkannte erbrechtliche Succession in das peculium castrense übertragen.[1940b]) Solche Gleichordnung nun der Mutter mit den Geschwistern und solche Zurücksetzung des Vaters gegenüber denselben beseitigt jedoch Justinian in Nov. 118 c. 2. 3 (543), indem derselbe den Ascendenten aller Grade ein prärogatives Erbrecht vor den halbbürtigen consanguinei, uterini und deren Kindern, wie vor den Kindern der germani giebt, diesen letzteren selbst dagegen den Kopftheil zuspricht, den solche bisher schon der Mutter gegenüber hatten, worauf dann in Nov. 127 prooem. c. 1 (547) auch den Kindern der germani dann ein Erbrecht neben den Ascendenten verliehen wird, wenn diese mit germani selbst concurriren. Und anderntheils wiederum in Nov. 115 c. 4. pr. (541) ertheilt derselbe der Mutter, dem Vater und den väterlichen Ascendenten Notherbrecht gegenüber den Descendenten, damit jene diesen Letzteren selbst gleichstellend.

Eine völlig singuläre Ordnung aber stellen für die Succession in das Vermögen des mit Todesstrafe Belegten Grat. Valent. et Th. im C. Th. IX, 42, 9 (380) auf: in erster Classe succediren die Descendenten in der dreifachen Abstufung von Kindern und Enkeln, insofern solche sui oder zur B. P. unde liberi berufen sind, dann von Enkeln aus der Tochter, und endlich von Urenkeln aus dem Sohne; in zweiter Classe folgen dann Vater und Mutter, in dritter Classe die agnatischen Geschwister, in vierter Classe Groß-Vater und -Mutter väterlicher Seits sammt cognatischen Geschwistern (uterini, wie cap. dem. consanguinei) und endlich dann der Fiscus (A. 1934).

Sodann das zweite jener alten Institute des rigor: die legitima tutela betreffend, so wird diese und zwar im Allgemeinen unter Beibehaltung ihrer Beschränkung auf das männliche Geschlecht, durch das von Alters her ihr zugewiesene Correspondenzverhältniß zur legitima hereditas beeinflußt und in ihrer weiteren Entwickelung bestimmt: indem man an dem Gedanken einer solchen

---

1940b) J. Just. II, 12. pr.: si — intestati decesserint (sc. filiifam.), nullis liberis vel fratribus (sc. et sororibus) superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit (sc. peculium castrense).

Bezüglichkeit festhielt, so ergab sich hieraus nun ohne Weiteres die Consequenz, jene Tutel von ihrem alten Fundamente des rigor in gleichem Schritte mit dem Erbrechte abzulösen und auf die Cognaten zu übertragen. Und so wird denn nun in der That von Anastasius[1941]) im C. Just. V, 30, 4 (498) den emancipirten Geschwistern nach Maaßgabe ihrer Erbberechtigung hinter den nicht emancipirten die legitima tutela über ihre natürlichen Geschwister und deren Descendenten deferirt, während gleichermaaßen von Justinian im Cod. VI, 58, 15. § 4 (534) die nur durch Weiber verwandten Geschwister und Geschwisterkinder, und endlich in Nov. 118 c. 5 (543) allgemein die nächsten männlichen volljährigen Blutsverwandten berufen werden. Ueberdem wird sodann singulärer Weise von Justinian im Cod. V, 35, 3 (530) auch der Mutter, obwohl hinter allen übrigen zur legitima tutela Berufenen dieselbe deferirt, wie endlich in Nov. 118 c. 5 (534), wozu vgl. Nov. 89 c. 14 (539), Nov. 155 (540) der Mutter, wie Großmutter sogar der Vorrang vor allen übrigen Delaten eingeräumt.

Endlich die legitima cura furiosi wird in gleicher Weise, wie die Tutel von Anastas. im C. Just. V, 70, 5 den emancipirten Geschwistern deferirt, bis endlich Justinian im Cod. V, 70, 7. § 6 (530) und Inst. I, 23, 3 diese, wie die prodigi legitima cura aufhebt und in eine dativa umwandelt.[1942])

§ 155.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

In dem ältesten römischen Rechte nehmen eine sehr hervorragende Stellung ein zwei verschiedene, zu Gemeinwesen organisirte Familienkreise: die gens, neben den Verwandten: den gentiles

---

1941) Sicher berief Constant. noch nicht den patruus emancipatus etc. (A. 1939) zur Tutel: Leo im C. Just. V,30, 3. Wegen der vorigen Periode vgl. noch Diocl. das. c. 1. 2.

1942) Jnst. cit.: furiosi — et prodigi — in curatione sunt agnatorum ex lege XII tab.; sed solent Romae praefectus urbi vel praetor et in provinciis praesides ex inquisitione iis curatores dare.

auch die Clienten als gentilicii schlechthin mit umfassend,[1943]) und die „domus familiaque,“[1944]) neben den Verwandten: dem paterfamilias und den sui sammt deren legitimen Descendenten und gewaltuntergebenen Frauen auch die in mancipio Befindlichen, wie die Sclaven als familiares mit umfassend:[1945]) denn Beide sind ausgestattet mit den wichtigsten ebenso privat-, als auch staats- und sacralrechtlichen Functionen, die dort in die Hand der gesammten gentiles, hier dagegen in die Hand des paterfamilias allein gelegt sind. Dahingegen steht zwischen jenen beiden Gemeinheiten keine dritte verwandtschaftliche Corporation: denn die stirps: die Agnaten, welche im Privatrechte zwischen den gentiles und sui berücksichtigt werden, sind nur eine besonders privilegirte Gruppe von gentiles, ohne dabei selbst eine Corporation mit juristischen Functionen zu bilden.

Die verwandtschaftliche Grundlage selbst aber solcher Familienzubehörigkeit ist gegeben in der Blutsverwandtschaft im Gegensatze zur Affinität und wird so nun ausschließlich gestützt auf die Zeugung in iustae nuptiae oder auf deren juristisches Surrogat: conventio in manum, arrogatio, adoptio, wobei überdem als condicio sine qua non das Erforderniß gestellt ist, daß weder cap. dem. media, noch minima das bezügliche Subject betroffen habe. Demgemäß gewinnt hier als rigor die Auffassung ihre consequenteste Ausprägung, daß die Grundlagen der Familie ausschließlich gegeben seien ebenso in dem androkratischen Systeme der durch Zeugung begründeten Verwandtschaft, als auch in dem

---

1943) Vgl. Voigt, de causa hered. inter Claud. patric. et Marcell. 7 fg.

1944) Lex dapis pro bubus faciendae bei Cat. RR. 132, 1: in domo familia[que] mea; lex agri lustrandi das. 141, 2. 3: mihi, domo familiaeque nostrae; lex luci conlucandi das. 139: mihi, domo familiaequae meae liberisque meis; lex struis commovendae das. 134, 2: mihi liberisque meis, domo familiaeque meae, wo ego (paterfamil.) und liberi lediglich besonders hervorgehobene Glieder der domus familiaque sind; Schwurformel bei Liv. XXII, 53, 11: si sciens fallo, tum me, Juppiter optime maxime, domum, familiam remque meam pessimo leto adficias; Pap 13 Quaest. (D. XXXVII, 11, 11. § 2): cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat; Front. ad M. Caes. I, 6: et res et domus et familia.

1945) So Plaut As. II, 2, 1. 43. Capt. II, 2, 23. u. a. m.: familiaris filius; servus familiaris: Thl. IV A. 3. Dagegen die gewaltfreie Gattin war nicht familiaris. Im Allgemeinen vgl. Lange, r. Alterth. § 30.

in Thl. II dargelegten civilen Systeme: den iustae nuptiae oder deren römisch rechtlichen Surrogate, ohne daß dabei durch cap. dem. eine Lösung herbeigeführt sei, wogegen irgend welcher Beschränkung nach Grad oder Geschlecht die Verwandtschaft nicht unterliegt.

Allein jener Familie des ältesten Rechtes stellt bereits die älteste Volksanschauung und bürgerliche Sitte in der Sippe einen wesentlich verschiedenen Kreis von Personen gegenüber, deren Zusammenbehörigkeit nicht bloß auf Blutsverwandtschaft, sondern auch auf Affinität gestützt ist, und deren Blutsverwandschaft wiederum zwar auch durch iustae nuptiae oder resp. durch conventio in manum, arrogatio und adoptio begründet und durch cap. dem. media gelöst wird, im Uebrigen aber nicht lediglich auf dem androkratischen, sondern nicht minder auf dem gynäkokratischen Systeme der Geburt beruht, überdem aber auch durch cap. dem. minima nicht gelöst wird. Und indem nun solche beide Gruppen: die Cognaten bis zum fünften Grade sammt sobrini, sobrinae, die Affinen aber als Gatten, Verlobte, wie als Schwieger- und Stief-Eltern und -Kinder jenen Kreis der Sippe ergeben, so ward diese letztere getragen allein von der Anschauung des Volkes und dem Familiengefühle der alten Römer: von deren Empfänglichkeit und Werthschätzung für verwandtschaftliche Zusammenbehörigkeit, von deren regen Sinn für Wahrung und Pflege jener naturgegebenen Bande und der darauf gestützten gegenseitigen Zuneigung, von dem lebhaften Bewußtsein einer so begründeten Gemeinsamkeit der Interessen; und nicht minder ward jener Kreis in seinen Beziehungen und Bewegungen allein geleitet durch das Gesetz der bürgerlichen Sitte, welche dabei in die verschiedensten Beziehungen des menschlichen Seins bestimmend eingreift: ebenso zu heiterem Zusammensein die Angehörigen vereinend, wie in ernster und trauriger Lage zur Theilnahme verpflichtend, dabei aber auch im Gebiete der materiellen Interessen den einzelnen Gliedern Verpflichtungen auferlegend, deren Erfüllung zu beanspruchen dem anderen Theile zugebilligt ward.

Dieses Bild aber der altrömischen Sippe, die Vielseitigkeit der von derselben umspannten Lebensverhältnisse und wechselseitigen Beziehungen ihrer Glieder, die Durchbildung endlich der Gesetze, nach denen innerhalb jenes Kreises die Bewegungen sich

regeln und vollziehen, Alles dies berechtigt zu dem Urtheile, daß die juristische Familie, wie solche noch von den XII Tafeln festgehalten war, bereits damals sich überlebt hatte und von der Volksanschauung aufgegeben ward: indem das Familienrecht sicher das älteste Stück der XII Tafeln bildet und eine Rechtsordnung enthält, die weit über die latinische Periode der Ahnen Rom's, ja in ihren leitenden Grundgedanken selbst über das gräco=italische Zeitalter hinaus bis in die gesammtarische Periode zurückleitet, so haben die Römer bereits zu Beginn der Republik einer durchaus anderen Auffassung von der Familie sich zugewendet und auf andere Kreise verwandtschaftliches Leben und Verkehren gestützt.

Dennoch aber blieb es erst dem zweiten Abschnitte der ersten Periode vorbehalten, dieser veränderten Volksanschauung auch innerhalb des Rechtes Geltung zu verschaffen: jener Sippe und so denn nun der sanguinis ratio oder aequitas Eintritt auch in das Recht zu eröffnen. Allerdings zwar behauptet auch in diesem Zeitraume der rigor nicht nur seine ihm eigenthümlichen Stützpunkte, lediglich die iustae nuptiae zu Gunsten des römisch rechtlichen matrimonium im Allgemeinen aufgebend (A. 1790), sondern auch sein altüberliefertes Gebiet, dem sogar noch eine Erweiterung durch mehrere neue Rechtsordnungen zu Theil wird: durch das Notherbrecht und durch die B. P. unde legitimi. Allein während solche Einordnung dieser letzteren Rechtsinstitute durch deren besondere Aufgaben bedingt ist, so treten die übrigen verwandtschaftlichen Neubildungen auf die Seite der sanguinis ratio über und eröffnen damit der letzteren selbst: der juristischen Wirksamkeit von Cognation und Affinität den Eintritt in das Recht: anfänglich zwar nur in der systematisch ganz ungeordneten Modalität, daß permissivgesetzliche Ausnahmen von generellen Satzungen an die Cognation, wie Affinität angeknüpft werden: in der lex Cincia, Furia testam., leges Juliae de vi publica und privata, lex col. Jul. Genet., lex Julia repetund., wie in dem Edicte Infamia notatur, allein später, gegen Ausgang jenes Zeitraumes, auch in der anderen, principiell weit bedeutungsvolleren Modalität, daß auch Präceptiv= oder Prohibitiv=Sätze auf die sanguinis ratio gestützt werden, so namentlich in der so wichtigen B. P. unde cognati, wie in dem Pflichttheilsrechte.

Ihre principiellen Stützpunkte aber entlehnte diese sanguinis ratio, wie bemerkt, der von der älteren Volksanschauung getragenen Sippe, wie innerhalb der für diese gesetzten Schranken: in der Cognation bis zum fünften Grade sammt sobrini, sobrinae, und in der Affinität in dem Verhältnisse zwischen Gatten, Verlobten, Schwieger- und Stief-Eltern und -Kindern, wobei als die Grundlagen der Cognation im Besonderen ebenso die Zeugung in römisch rechtlicher Ehe, als die Geburt von der civis Romana, wie daneben auch die von dem rigor gesetzten künstlichen Surrogate der legitimen Zeugung anerkannt wurden. Und während nun der cap. dem. media auch gegenüber der Cognation, wie Affinität ein zerstörlicher Effect belassen ward, so wurde wiederum der cap. dem. minima solche Wirkung in der B. P. unde cognati, wie in der Ausschließung der B. P. contra suos non naturales und contra tab. liberti gegenüber den emancipati und in adoptionem dati versagt, ja in dieser B. P. contra suos non naturales und contra tab. liberti vereinzelt sogar der Satz durchgeführt, daß der von dem rigor statuirten künstlichen Begründung der Agnation innerhalb der aequitas die Anerkennung zu versagen sei.

Eine ganz hervorragende Stellung aber unter den dieser Zeit angehörigen Gebilden der aequitas nimmt namentlich das Pflichttheilsrecht mit seiner querela inoffic. testam. ein: denn hier gewinnt ebenso das gynäkokratische System eine volle Gleichstellung mit dem androkratischen, wie auch das Verhältniß zwischen Mutter und Kind zu einer dem Naturgesetze entsprechenderen juristischen Würdigung gelangt, als in dem rigor, dessen Gleichstellung der Mutter mit ihrer Tochter jenes Verhältniß fast zur Caricatur entstellt hatte. Der Ausgangspunkt selbst aber jenes Institutes von dem altrömischen Begriffe des officium führt wieder zu der fast unrömischen Consequenz, daß nicht die juristische Gradesnähe der Erbberechtigung, sondern die naturgesetzliche Gradesnähe der Verwandtschaft die Pflichttheilsberechtigung bestimme, so daß daher jene Klage der erst zur B. P. unde cognati berufenen Mutter oder resp., seit dem S. C. Tert., mater ohne ius liberorum gewährt, dagegen dem bereits in der B. P. unde legitimi berufenen patruus versagt bleibt.

Endlich ganz neu tritt in jener Periode die Tendenz einer Zurücksetzung des weiblichen Geschlechtes gegenüber dem männ-

lichen in pecuniärer Beziehung zu Tage, eine Richtung, welche auch später noch bis auf Justinian herab fortwirkt.

Im Allgemeinen aber beginnt von diesem Zeitraume ab unter dem Einflusse der aequitas eine ganz neue Bahn der Rechtsentwickelung, bei welcher ebensowohl die von dem rigor gesetzten Rechtswirkungen an die von der aequitas anerkannten anderen thatbeständlichen Verhältnisse angeknüpft, als auch völlig neue juristische Wirkungen mit den Thatbeständen der aequitas verbunden, etwaige concurrirende Ordnungen des rigor dagegen bald gänzlich vernichtet, bald in eine secundäre Stellung zurückgedrängt werden.

In der zweiten Periode sodann erlangt die aequitas das völlig entschiedene Uebergewicht über den rigor, gestützt hierin auf die Volksanschauung und gefördert namentlich von der Rechtswissenschaft, welche doctrinell die sanguinis ratio ebenso auf die aequitas, wie auf das ius naturale und damit auf eine theoretische, wie speculative Grundlage fundirte. So daher gewinnt dieselbe einen immer breiteren Raum in der Rechtsentwickelung und fördert die zahlreichsten, wie wichtigsten Rechtsordnungen zu Tage, so namentlich in dem honorarischen Successionssysteme, wie aber auch in dem S. C. Tertull. und Orphit., nicht minder in der zur Rechtspflicht erhobenen Verbindlichkeit der Cognaten und Affinen, in gewissen Nothlagen einander beizustehen, und so nun auch in deren Theilnahme am Familienrathe. Ueberdem zieht aber die aequitas auch noch mehrfache Ordnungen des rigor in ihr System herein: die verwandtschaftlichen Ehehindernisse, wie das Notherbrecht.

Und danach ist es nur eine kleine Anzahl von Instituten, welche dem rigor noch verbleiben: die patria potestas, das civile Intestaterbrecht sammt B. P. unde legitimi, wie die legitima tutela und cura furiosi oder prodigi. Allein während die legitima hereditas ab intestato mehr und mehr von der B. P. überwuchert wird und zuletzt fast nur noch als Gefüge der letzteren: in der B. P. unde legitimi in Bestand sich behauptet, so entfremdet sich auch die patria potestas mehr und mehr ihrer alten Wesenheit und unterliegt einer Zersetzung und Schwächung, die nun Veranlassung bot, neben dieselbe noch ein eigenes Eltern- und Kindschafts-Recht zu setzen, durch welches im Einzelnen die Ascendenten,

wie Descendenten mit ebenso zahlreichen, wie wichtigen Privilegien ausgestattet, im Allgemeinen aber an Stelle des Haus-Hoheitsrechtes: der patria potestas mit ihrem imperium domesticum (A. 1922) die väterliche Autorität gesetzt wird.[1946]) Und zwar wird der juristische Gehalt solchen Rechtes theils aus der patria potestas und Suität abgelöst, so die Alimentations-, wie Dotationspflicht der väterlichen Ascendenten, die gegenseitige Zeugnißunfähigkeit, die B. P. unde liberi und contra tab., theils aber auch und zwar überwiegend in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Zerfalle der patria potestas neu geschaffen, so die sämmtlichen Rechtsordnungen, welche berufen sind, den den Ascendenten zukommenden Respect zu sichern, dann namentlich die Alimentationspflicht der mütterlichen Ascendenten, wie der Descendenten, die Dotationspflicht der Mutter, das benefic. competentiae der Eltern, die Vorschrift des edictum de legatis praestandis und die Erbordnungen des S. C. Tertull. und Orphit.

In Folge Alles dessen verliert nun aber die emancipatio mit ihren wichtigsten Rechtsfolgen zugleich ihre altüberlieferte tiefeingreifende Bedeutung für die Familienstellung der Betroffenen.

Dann wieder der Untergang der in manum conventio, wie die Lockerung des ehelichen Bandes im Allgemeinen in Folge der überwuchernden Laxität der Sitten führt zur Ausbildung eines eigenen Gatten-Rechtes, so namentlich in der B. P. unde vir et uxor, dem benefic. competentiae, der Ausschließung gewisser Rechtsmittel.

Endlich wiederum der Untergang der Gentilität führt zur Ausbildung des aus den Cognaten sich zusammensetzenden Familienrathes, einer Instanz, welche berufen ist, in den für das Wohl und Wehe des Familiengliedes allerwichtigsten Fragen eine berathende und controlirende Function auszuüben und welche in segensreichster Weise dem Familieninteresse eine Stimme und Mitwirkung bei den amtsmäßigen Erwägungen der juristischen Organe sicherte.

Das Gesammtergebniß aller jener Neubildungen aber ist, daß

1946) Ulp. 66 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 9): filio semper honesta et sancta persona patris — videri debet; Constant. im C. Th. VIII, 18, 1. pr.: reverentia et pietas sacris nominibus (sc. patris) debita, und die Citate von Gothofr. in h. l.

zunächst neben der Blutsverwandtschaft die Affinität zu immer größerer Bedeutung gelangt, und dies nicht bloß zwischen Gatten, sondern auch in weiteren Kreisen. Und zwar tritt in letzterer Beziehung ein ganz eigenthümlicher Zwiespalt zu Tage zwischen der Legislation, welche an den altüberlieferten Gradbestimmungen strict festhält, wie überdem die Verlobten ausscheidet, und zwischen der Rechtswissenschaft sammt Volksanschauung, welche die Affinität nicht bloß für die Verlobten festhält, sondern auch nach verschiedenen Richtungen hin extendirt, so namentlich ebenso auf Ascendenten und Descendenten von Schwieger- und Stief-Eltern und -Kindern, wie von Verlobten, als auch auf Verlobte von Ascendenten und Descendenten, eine Tendenz, die in ganz extremer Maaße innerhalb des Eherechtes insbesondere zur Geltung gelangt.

Dagegen in Bezug auf die Cognation, welche nunmehr auf den sechsten Grad sammt sobrino, sobrina natus, nata ausgedehnt wird, nimmt wiederum das Edict in seiner B. P. unde liberi und contra tab. insofern einen abweichenden Standpunkt ein, als solche durchaus noch auf das androkratische System der alten Erbordnung der sui gestützt sind, eine Abnormität, der gegenüber wieder die Legislation das gynäkokratische System zur Geltung bringt in den erbrechtlichen Satzungen der lex Papia Poppaea, wie des S. C. Tertull. und Orphit.

Dann wiederum das Dogma, daß die cap. dem. minima die Cognation, wie Affinität nicht löse, wird ebenso von der Theorie als allgemeiner Satz ausgesprochen (A. 1796), als auch praktisch durchgeführt in den Suffionsordnungen der lex Papia Poppae, des S. C. Tertull und Orphit., sowie bezüglich der Emancipation insbesondere in dem Eltern- und Kindschaftsrechte überhaupt und so auch in der B. P. unde liberi. Dagegen bezüglich der Arrogation und Adoption insbesondere tritt wieder in dem honor. Rechte: in der B. P. unde liberi (A. 1904) und contra tab. (A. 1910) die rückläufige Richtung zu Tage, jene Rechtsacte abweichend von den in der vorigen Periode geschaffenen bon. possessiones gleich als Lösungsgründe der Cognation zu behandeln, wogegen endlich wiederum die Rechtswissenschaft die entgegengesetzte Tendenz vertritt und wenigstens theilweise zur Geltung bringt (A. 1907).

Endlich die Grundlagen der Cognation, wie Affinität werden mehrfach erweitert, indem die Letztere, wenn auch noch isolirt, auf das Concubinat gestützt, überdem aber auch der servilis cognatio und resp. affinitas des Freien in mehrfacher Beziehung juristische Relevanz zuerkannt wird.

In Alle dem aber verwirklicht sich in kräftigen Zügen, wenn auch nicht ohne gewisse Widersprüche und Unsicherheiten im Einzelnen, und innerhalb weiter Sphäre, wie in den wichtigsten Beziehungen jene Richtung und jenes Motiv der Rechtsbildung, an Stelle der civilen die natürliche Blutverwandtschaft zu setzen. Nur in dem einen Punkte wird diese Richtung nicht verfolgt, daß der Cognation und Affinität des Peregrinen, wie des von der cap. dem. media betroffenen civis die juristische Wirksamkeit im römischen Rechte versagt blieb, beeinflußt durch altnationale Anschauungen, von denen daeinst ähnliche Verhältnisse in durchgreifender Weise beherrscht worden waren (Thl. II § 18). Immerhin aber sind es durchaus bemerkenswerthe Erscheinungen, daß, wie oben hervorgehoben, rücksichtlich der Abgränzung der Affinität die Legislation, rücksichtlich der Abgränzung der Cognation aber ganz ungewöhnlicher Weise wiederum das honorarische Edict in einen, wenn auch nur punctuellen Widerspruch mit der Rechtswissenschaft und den jüngeren Volks- und Rechtsanschauungen treten.

Endlich in der letzten Periode vollzieht sich bis auf einen vereinzelten Punkt der völlige Untergang des rigor: mit Ausnahme dessen nämlich, was an juristischem Gehalte der patria potestas noch sich behauptet hat oder neu geschaffen wurde [1047]). Dagegen werden nicht allein alle überlieferten Institute der aequitas in deren Geiste weiter entwickelt, sondern auch die übrigen Institute des rigor Schritt um Schritt auf jene Grundlage übergeleitet: das civile Intestaterbrecht, wie die legitima tutela und cura. Vornämlich aber ist es das Erbrecht, das nicht allein durch die eingeschlagenen neuen Bahnen seiner Entwickelung, wie durch die übergroße Fülle der bezüglichen gesetzgeberischen Erlasse die Aufmerksamkeit fesselt, sondern auch an dem Schlußpunkte der Rechts-

1947) So die substitutio quasi pupillaris: Justinian im Cod. VI, 26, 9. Just. II, 16, 1.

geschichte ein Gesetz hervorruft, welches das hervorragendste productive Gebild der gesammten byzantinischen Legislation auf dem Gebiete des Privatrechtes darbietet: die Nov. 114. Und zwar sind es vornämlich drei leitende Grundgedanken, welche, dort ausgeprägt, in ihrem Zusammenwirken und Ineinandergreifen ein neues und originales System des Erbrechtes ergeben, die Gedanken nämlich, daß

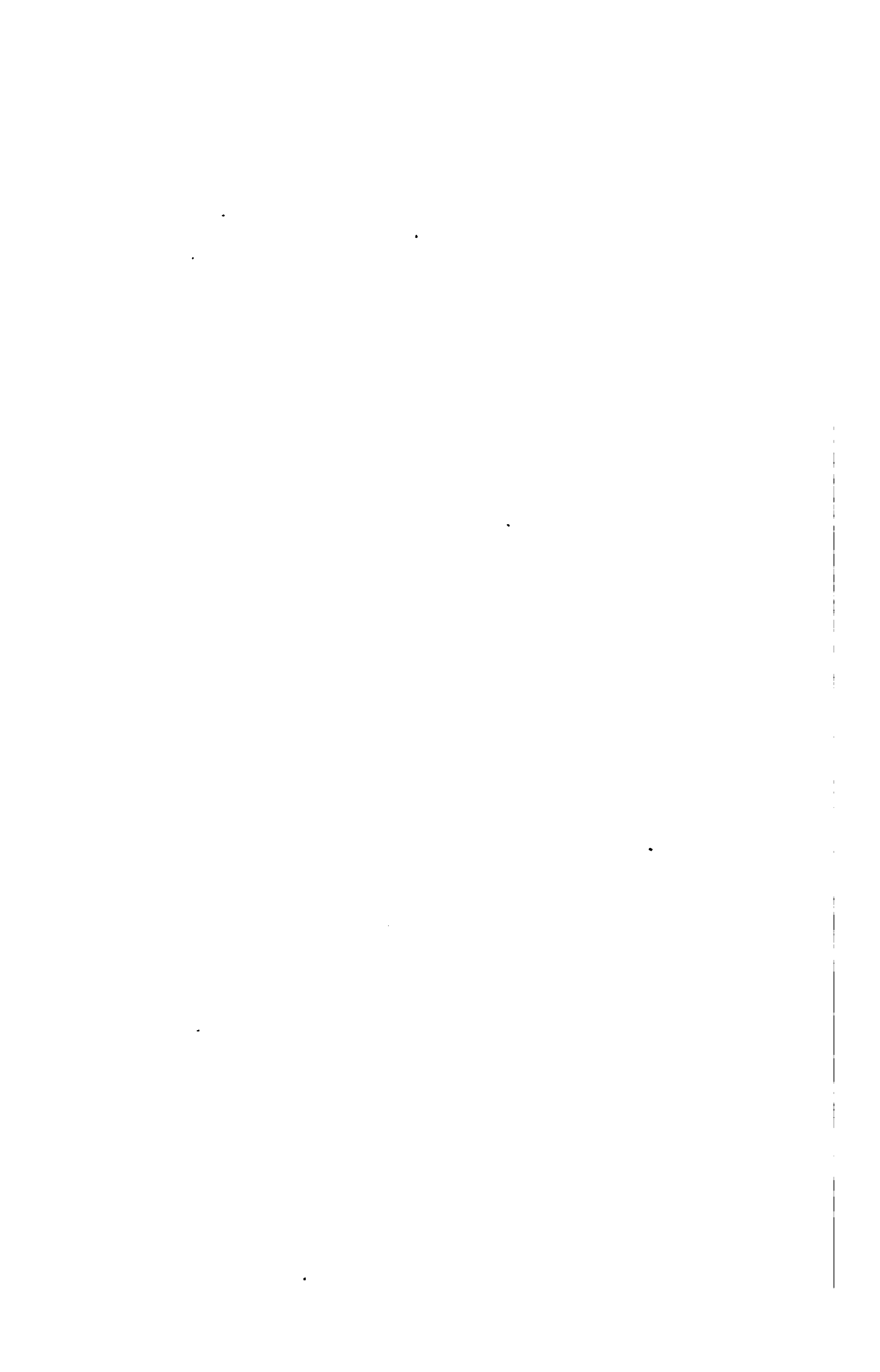
zunächst die Gradesnähe der Erbberechtigung nicht schlechthin durch die Gradesnähe der Blutsverwandtschaft, als vielmehr durch deren naturgesetzliche Artbeschaffenheit als Descendenz-, Ascendenz- und Collateral-Verwandtschaft bestimmt werde, so daß nach solcher Reihenfolge dieser drei Classen die Succession der Verwandten sich ordnet, eine Methode, die bereits in der Erbordnung der XII Taf. sich ausprägte;

sodann daß innerhalb jener drei Erbclassen die Verschiedenheit des Geschlechts einen Unterschied in der Erbberechtigung nicht begründe, ein Gesichtspunct, an dem ebenfalls schon die XII Tafeln festhalten;

endlich daß innerhalb jener drei Classen die Gradesnähe der Erbberechtigung durch die Gradesnähe der Blutsverwandtschaft bestimmt wird und zwar gleichmäßig nach androkratischem, wie nach gynäkokratischem Systeme, ein Grundsatz, den das mittlere römische Recht nur vereinzelt zur Geltung bringt.

Jedoch macht von jenen drei Grundsätzen Nov. 114 und resp. 127 wiederum zwei Ausnahmen: zuerst indem rücksichtlich der Geschwister und Geschwisterkinder ein eigener Gradunterschied auf deren Voll- und Halbbürtigkeit gestützt wird, — ein der constantinischen Legislation entlehnter Gedanke; und sodann indem solcher Unterschied nun in der Weise verwerthet wird, daß die vollbürtigen Geschwister und deren Kinder den Ascendenten coordinirt sind, — beeinflußt hierin durch den gesammten Entwickelungsgang des Rechtes, welches von Vorn herein den Geschwistern das stärkere Recht zuerkannte und erst allmählich den Ascendenten eine Gleichberechtigung gewährte. Und eine dritte Ausnahme liegt endlich noch darin, daß nach Cod. III, 28, 27 die querela inoff. testam. nur den consanguinei, somit den Agnaten, nicht aber den uterini zusteht.

Leipzig,
Druck von Giesecke & Devrient.




UNIVERSITY OF MICHIGAN
3 9015 05836 0549